Wolfgang Fehsenmeier

Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes

INAUGURAL-DISSERTATION

zur
Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes

Saarbrücken 1970

DAS DENKMODELL DES STRAFRECHTSFREIEN RAUMES UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES NOTSTANDES

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Rechtsanwalt Wolfgang Fehsenmeier
aus Heidelberg

Saarbrücken 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Wilhelm Karl Gecks
Erstberichterstatter: Professor Dr. Arthur Kaufmann
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Heinz Müller-Dietz

Tag der Disputation: 9. November 1970

Meiner Frau

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Einleitung	1
1. Abschnitt: RECHTSPHILOSOPHISCHER TEIL	6
I. Hinführung	6
1. Reichweite des Rechts im Lichte der Beurteilung existentieller Grenzsituationen	7
2. Dogmatischer Grenzbereich und rechtsfreier Raum	12
II. Geltungsgrund und Grenzen des Rechts bei Beschränkung des Seins auf die Faktizität	16
1. Trennung von Recht und Sittlichkeit	17
2. Zerfall des Personbegriffs	22
III. Neubesinnung auf Geltungsgrund und Grenzen des Rechts	24
1. Rekonstruktion des Personbegriffs	24
2. Koordination von Recht und Sittlichkeit über das verpflichtende Sollen	29
A. Theoretische Interdependenz von Recht und Sittlichkeit - Polarität	29
B. Praktische Interdependenz - Abgrenzung von Recht und Sittlichkeit	37
a. Die objektive Seite von Recht und Sittlichkeit	38
b. Die subjektive Seite von Recht und Sittlichkeit	44
c. Das Recht als ethisches Minimum	45

Seite

3. Beschaffenheit der Grenze 48

IV. Der rechtsfreie Raum als Regulativ rechtlicher Kompetenz 54

1. Das sichere negative Regulativ 54

2. Der rechtsfreie Raum als Regulativ bei scheinbarer rechtlicher Relevanz 56

2. Abschnitt: RECHTSDOGMATISCHER TEIL 62

I. Rechtssetzung und rechtsfreier Raum 62

1. Praktische Veranschaulichung der Problematik des rechtsfreien Raumes 63

2. Analyse der Funktion der Normen. Grundsätzliche Erwägungen 69

A. Der rechtsfreie Raum unter dem Aspekt der Bewertungsnormentheorie 71

B. Der rechtsfreie Raum unter dem Aspekt der Imperativentheorie 75

C. Ergebnisse und Schlußfolgerung 79

II. Rechtsanwendung und rechtsfreier Raum 82

1. Unrechtsbewertung und rechtsfreier Raum 82

A. Klassische Unrechtslehre 88

B. Eingeschränkt objektive Unrechtslehre 92

C. Soziale Unrechtslehre MAIHOFERs und MAURACHs Lehre von der Tatverantwortung 97

D. Personale Unrechtslehren WELZELs und LAMPEs 110

Seite

2. Standort der Rechtswidrigkeitsprüfung und rechtsfreier Raum 119

A. Wertfreie Tatbestände 121

B. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (L.v.d.n.T.) 125

C. Gedanken zur Abgrenzung des rechtsfreien Raumes von der Schuld 129

3. Eigenberechtigung des rechtsfreien Raumes 133

A. Das Verhältnis des Begriffs "rechtsfrei" bzw. "unverboten" zu den Begriffen "rechtswidrig" und "rechtmäßig" 135

B. Einwände gegen die Alternative "rechtsfrei" 140

C. Kritik der Einwände 144

D. Überprüfung der Bezeichnung 151

4. Irrtum über einen Unrechtsbewertungsausschließungsgrund 154

3. Abschnitt: ÜBERPRÜFUNG DER BERECHTIGUNG DES RECHTSFREIEN RAUMES AM STRAFRECHTLICHEN NOTSTAND 157

I. Der strafrechtliche Notstand 157

1. Definition 159

2. Theoretische Behandlung. Vielfalt der Lösungsmöglichkeiten 160

A. Einheitliche Betrachtungsweise (Einheitstheorie) 161

B. Differenzierte Betrachtungsweise (Differenzierungstheorie) 163

Seite

II. Argumente für die Idee des rechtsfreien Raumes bei Erörterung des Notstandsproblems in Geschichte und Gegenwart 167

1. Die Gesetzgebung alter Kulturvölker 167

2. Die griechische Philosophie 169

3. PUFENDORF 170

4. KANT 172

5. Exemtionstheorie FICHTEs 174

6. Kodifikationen im 19. Jahrhundert 176

7. Argumente für den rechtsfreien Raum im Rahmen der aktuellen Notstandsdiskussion 179

A. Gründe für die "unverbotene" Notstandshandlung 179

B. Gründe gegen die "unverbotene" Notstandshandlung 186

C. Entschuldigender Notstand 188

D. Zumutbarkeitsgedanke und übergesetzlicher entschuldigender Notstand 191

E. Euthanasieprozesse 197

III. Notwendigkeit weiterer Differenzierung 199

4. Abschnitt: RECHTSPOLITISCHER TEIL 203

I. Rechtspolitische Überprüfung des rechtsfreien Raumes 203

1. Herztransplantation 205

2. Schwangerschaftsunterbrechung bei medizinischer Indikation 214

Seite

3. Schwangerschaftsunterbrechung bei ethischer Indikation 215

4. Selbsttötung 217

II. Rechtspolitische Notwendigkeit des rechtsfreien Raumes. Vorschläge de lege ferenda 220

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

Anm.	Anmerkung
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen, 2. Aufl. 1969; Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, Tübingen 1970
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
AT.	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bes.	besonders
bestr.	bestritten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT.	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E 1959 II	Entwurf eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in zweiter Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz. Bonn, 1959
E 1962	Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung 1962 (B Rats-Drucks. 200/62; BT-Drucks. IV/650)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht)

Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Grundz.	Grundzüge
GS	Der Gerichtssaal
h.M.	herrschende Meinung
hrg.	herausgegeben
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Lb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrg. von Ebermayer-Lobe-Rosenberg
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MittIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Nachw.	Nachweise
Ndschr.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
N.F.	Neue Folge
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof der britischen Zone
OGHSt	Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der britischen Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rndn.	Randnote

S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	und andere
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Z.B.	Zum Beispiel
ZStaatW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ALLFELD, Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Teil 1. Leipzig, 9. Aufl. 1934.
ARISTOTELES	Nikomachische Ethik. Eingeleitet und übertragen von Olof Gigon. Zürich 1951.
AUER, Fritz	Der strafrechtliche Notstand und das BGB, München, 1903.
BAUMANN, Jürgen	Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bielefeld, 3.Aufl. 1964. 5. Aufl. 1968
BAUMGARTEN, Arthur	Notstand und Notwehr. Eine Studie im Hinblick auf das kommende Strafrecht. Tübingen, 1911.
BELING, Ernst	Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen, 1906.
--	Grundzüge des Strafrechts. Tübingen, 1930.
BERGBOHM, Karl	Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. I, Leipzig, 1892.
BIENENFELD, Rudolf	Die Haftung ohne Verschulden. Berlin und Wien, 1933.

BINDING, Karl — Systematisches Handbuch der Deutschen Strafrechtswissenschaft. I. Bd. Handbuch des Strafrechts. Leipzig, 1885.

-- — Die Normen und ihre Übertretung. I. Bd. Leipzig, 4. Aufl. 1922.

BLÜHER, Hans — Die Achse der Natur. Hamburg, 1949.

BOCKELMANN, Paul — Hegels Notstandslehre. In: Abhandlungen des kriminalistischen Institutes an der Universität Berlin, 4. Folge, 3. Bd., 4. Heft, Berlin, Leipzig, 1935

-- — Anmerkung zum Urteil des OGH vom 4.4.1950. In: NJW 1950, 830 ff.

-- — Strafrecht des Arztes. Stuttgart, 1968.

BOLLNOW, Otto-Friedrich — Einfache Sittlichkeit. Kleine philosophische Aufsätze. 2. Aufl. 1957.

BROGLIO, Rolf Paul — Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. Bonn, 1928.

BRUNNER, Emil — Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung. Zürich, 1943.

COING, Helmut — Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin, 1950.

CORETH, Emerich — Metaphysik. Innsbruck, 1961.

DERNBURG, Heinrich — Pandekten. Bd. I. Berlin, 4. Aufl. 1894.

zu DOHNA, Alexander — Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle, 1905.

-- — Recht und Irrtum. Mannheim, 1925.

DREHER, Eduard — Anmerkung zum Urteil des Schwurgerichts Berlin vom 9.6.1966. In: JR 1967, 269 ff.

END, Heinrich — Existentielle Handlungen im Strafrecht. München, 1959.

ENGELHARD, Herbert und Gustav RADBRUCH — Strafrecht. Die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen. 2. Aufl. 1948.

ENGISCH, Karl — Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin, 1930.

-- — Diskussion über den übergesetzlichen Notstand. In: MittIKV, N.F. 5. Bd., 1931, 183 ff.

-- — Notstand und Putativnotstand. In: MSchrKrim 23 (1932), 420 ff.

-- — Zur phänomenologischen Methode im Strafrecht. In: ARSP 30 (1936/37), 130 ff.

ENGISCH, Karl — Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung. In: Lebendige Wissenschaft, Heft 7, 1948.

-- — Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre. In: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag. Berlin, 1949, S. 85 ff.

-- — Der rechtsfreie Raum. In: ZStaatW 108 (1952), 385 ff.

-- — Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. In: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag. München, Berlin,1954, S. 127 ff. Zitiert: Tatbestandselemente.

-- — Der rechtsfreie Raum. In: Münchener Universitäts-Woche an der Sarbonne zu Paris vom 13. bis 17. März 1956.

-- — Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen. In: Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag. Aalen, 1957, S. 165 ff. Zitiert: Subjektive Tatbestandselemente.

-- — Einführung in das juristische Denken. Stuttgart, 2. Aufl. 1965. 4. Aufl. 1968.

FICHTE, Johann Gottlieb — Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre. (Philos.Bibl.Bd. 256) Hamburg, 1960.

FINGER, August — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. 1 Berlin, 1904.

FISCHER, Hans Albrecht — Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München, 1911.

FORSTHOFF, Ernst — Grenzen des Rechts. Königsberg, 1941.

FRANK, Reinhard — Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In: Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum. Gießen, 1907, S. 521 ff.

-- — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen, 18. Aufl. 1931.

FREUDENTHAL, Berthold — Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht; Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Tübingen, 1922.

FREY, Dieter — Die Zumutbarkeit im Strafrecht. Diss. Saarbrücken, 1961.

FUCHS, Wilhelm — Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage. In: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Bd. I, 1926/27, S. 183 ff.

GALLAS, Wilhelm — Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund. In: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag. München, Berlin, 1954, S. 311 ff.

-- — Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. In: ZStrW (1955), 1 ff.

-- — Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung. In: JZ 1960, 649 ff., 686 ff.

GEILEN, Gerd — Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts. Zu den Wandlungen des Todesbegriffs und zu neuen Schutzproblemen des werdenden Lebens. In: FamRZ 15 (1968), 121 ff.

-- — Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme. Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht. In: JZ 1968, S. 145 ff.

GERLAND, Heinrich — Deutsches Reichsstrafrecht. In: Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 16. Berlin, 2. Aufl. 1932.

GOLDSCHMIDT, James — Der Notstand, ein Schuldproblem. Sonderabdruck aus der "Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht", Jg. 1913, 3. und 4. Heft. Wien, 1913.

-- — Normativer Schuldbegriff. In: Festgabe für Reinhard Frank, Bd. I. Tübingen, 1930, S. 428 ff.

GRÜNHUT, Max — Grenzen des übergesetzlichen Notstandes. In: ZStrW 51 (1931), 455 ff.

HANACK, Ernst-Walter — Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Nürnberg 1968, In: Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), Teil A, S. 1-255, München 1968.

HARTMANN, Nicolai — Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis. Berlin, 4. Aufl. 1949.

-- — Ethik. Berlin, 3. Aufl. 1949.

-- — Einführung in die Philosophie. Überarbeitete, vom Verfasser genehmigte Nachschrift der Vorlesung im Sommersemester 1949 in Göttingen. 6. Aufl.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich — Grundlinien der Philosophie des Rechts. (Philos.Bibl.Bd. 124 a) Hamburg, 1967.

HEIDEGGER, Martin — Sein und Zeit. Tübingen, 11.Aufl. 1967.

-- — Einführung in die Metaphysik. Tübingen, 1953.

HENKEL, Heinrich — Die Rechtsnatur des Notstandes. Diss. Frankfurt, 1927.

HENKEL, Heinrich — Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München, 1932.

-- — Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip. In: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag. München, Berlin, 1954, S. 249 ff.

HIPPEL, Robert — Deutsches Strafrecht. II. Bd.: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren. Berlin, 1930.

HOFFMEISTER, Johannes — Wörterbuch der philosophischen Begriffe. Hamburg, 2. Aufl. 1955.

HOLD v.FERNECK, Alexander — Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts.
I. Bd.: Der Begriff der Rechtswidrigkeit.
II.Bd.: 1. Abteilung: Notstand und Notwehr. Jena, 1905.

HORN, Hans-Rudolf — Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit. Berlin, 1962.

v.IHERING, Rudolf — Der Kampf um's Recht. Wien, 2.Aufl. 1872.

-- — Der Zweck im Recht. Leipzig, 4. Aufl. 1904.

JAHRREIS, Hermann — Mensch und Staat. Köln, Berlin, 1957.

JANKA, Karl — Der strafrechtliche Notstand. Erlangen, 1878.

JASPERS, Karl — Einführung in die Philosophie. München, 1953.

JESCHECK, Hans-Heinrich — Lehrbuch des Strafrechts, AT., Berlin, 1969.

KANT, Immanuel — Kritik der reinen Vernunft. Hrg: von Theodor Valentiner. Leipzig, 12. Aufl. 1922.

-- — Kritik der praktischen Vernunft. Hrg: von Karl Vorländer.(Philos. Bibl. Bd. 38) Hamburg, 1963.

-- — Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Hrg: von Karl Vorländer. (Philos.Bibl. Bd. 41) Hamburg, 1962.

-- — Metaphysik der Sitten. Hrg: von Karl Vorländer. (Philos.Bibl. Bd. 42) Hamburg, 1959.

KAUFMANN, Armin — Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie; Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen, 1954.

-- — Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung. In: JZ 1955, 37 ff.

-- — Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen, 1959.

KAUFMANN, Arthur — Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre. Mainz, 1949.

-- — Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. In: JZ 1954, 653 ff.

-- — Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum. In: JZ 1956, 353 ff. und 393 ff.

-- — Naturrecht und Geschichtlichkeit. In: Recht und Staat, Heft 197. Tübingen, 1957.

-- — Recht als Maß der Macht. In: Stimmen der Zeit, 163.Bd. Freiburg, 1958/59, S. 22-37.

-- — Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus. In: ARSP 46 (1960), 553 ff.

-- — Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg, 1961.

-- — Die eigenmächtige Heilbehandlung. In: ZStrW 73 (1961), 341 ff. Zitiert nach: Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik. Köln, 1966, S. 193 ff.

KAUFMANN, Arthur — Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart. In: JZ 1963, 137 ff.

-- — Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962. In: ZStrW 76 (1964), 543 ff. Zitiert nach: Schuld und Strafe. Köln, 1966, S. 154 ff.

-- — Gedanken zur Strafrechtsreform. In: Civitas. Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung. Mannheim, 1964, S. 22 ff. Zitiert nach: Schuld und Strafe, Köln, 1966, S. 292 ff.

-- — Recht und Sittlichkeit. In: Recht und Staat, Tübingen, 1964.

-- — Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht. In: JZ 1967, 553 ff.

KAUFMANN, Erich — Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Tübingen, 1911.

KELSEN, Hans — Reine Rechtslehre; Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig, Wien, 1934.

KERN, Eduard — Grade der Rechtswidrigkeit. In: ZStrW 64 (1952), 255 ff.

KOHLER, Josef — Das Notrecht. In: ARWP 8 (1914/15), 411 ff.

KOHLRAUSCH- Eduard und Richard LANGE — Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 43. Aufl. 1961.

KRAUß, Detlef — Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht. In: ZStrW 76 (1964), 19 ff.

LAMPE, Ernst-Joachim — Das personale Unrecht. Berlin, 1967.

LAMPE, Ortrun — Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand. In: NJW 1968, 88 ff.

LANG-HINRICHSEN, Dietrich — Betrachtungen zur sog. ethischen Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung. Versuch einer Orientierung. In: JZ 1963, 721 ff.

LARENZ, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960. 2. Aufl. 1969.

LENCKNER, Theodor — Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962). Tübingen, 1965.

LIEPMANN, M. — Kritische Besprechung von Berthold Freudenthals Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922. In: ZStrW 43 (1922), 710 ff.

v. LISZT, Franz — Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Gutachten für die allgemeine Versammlung der IKV, 1893. In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, Berlin, 1905.

v. LISZT, Franz und Eberhard SCHMIDT — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I, Allgemeiner Teil. 26. Aufl. Berlin, 1932.

MAIHOFER, Werner — Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt/Main, 1954.

-- — Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre. In: Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag. Aalen, 1957, S. 141 ff.

-- — Naturrecht als Existenzrecht. Frankfurt/Main, 1963.

MARCIC, René — Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat; Recht als Maß der Macht; Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat. Berlin, 1957.

MAURACH, Reinhart — Kritik der Notstandslehre. Berlin, 1935

-- — Schuld und Verantwortung im Strafrecht. Wolfenbüttel, Hannover, 1948.

MAURACH, Reinhart — Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil. Karlsruhe, 3. Aufl. 1965.

MAYER, Hellmuth — Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart, 1936.

-- — Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart, Köln, 1953.

MAYER, Max Ernst — Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg, 2. Aufl. 1923.

MERKEL, Adolf — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1889.

MEZGER, Edmund — Die subjektiven Unrechtselemente. In: GS 89 (1924), 207 ff.

-- — Strafrecht. Ein Lehrbuch. München, Leipzig, 1931; 3. Aufl. 1949.

MEZGER-BLEI — Strafrecht. Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil. München, 13. Aufl. 1968; fortgeführt von Hermann Blei.

NAGLER, Johannes — Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag. Bd. I. Tübingen, 1930, 339 ff.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Bd. 2, 1958. Bd. 12, 1959.

NIESE, Werner — Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Tübingen, 1951.

NIETZSCHE, Friedrich — Also sprach Zarathustra. (Ausgabe des Alfred Kröner Verlags) Leipzig, 1919.

NOWAKOWSKI, Friedrich — Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit. In: ZStrW 63 (1951), 287 ff.

OEHLER, Dietrich — Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung. In: JR 1951, S. 489 ff.

OETKER, Friedrich — Notwehr und Notstand. In: VDA II. Berlin, 1908, 255 ff.

-- — Notwehr und Notstand. In: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag. Bd. I. Tübingen, 1930, 359 ff.

OTTO, Harro — Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil. Hamburg, 1965.

PETERS, Karl — Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen. In: JR 1949, 496 ff.

-- — Die Tötung von Menschen in Notsituationen. In: JR 1950, 742 ff.

PETERS, Karl und Dietrich LANG-HINRICHSEN — Grundfragen der Strafrechtsreform. Paderborn, 1959.

PHILIPPS, Lothar — Rechtliche Regelung und formale Logik. In: ARSP 50 (1964), 317 ff.

PHILIPPS, Lothar — Sinn und Struktur der Normlogik. In: ARSP 52 (1966), 195 ff.

PUFENDORF, Samuel — De jure naturae et gentium. Text von 1688, Oxford 1934.

RABE, Kurt — Entwicklung des Notstandes von der Aufklärungszeit bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Diss. Göttingen, 1930.

RADBRUCH, Gustav — Rechtsphilosophie. Stuttgart, 6. Aufl. 1963.

-- — Der Geist des englischen Rechts. Göttingen, 4. Aufl. 1956.

-- — Vorschule der Rechtsphilosophie. Göttingen, 2. Aufl. 1959. 3. Aufl. 1965.

-- — Anmerkung zu dem Urteil des OLG Frankfurt/Main vom 12.8.1947. In: SJZ 1947, Sp. 633 ff.

REINER, Hans — Gesinnungsethik und Erfolgsethik. In: ARSP 40 (1952/53), 520 ff.

REITMEYER, Theodor — Die historische Entwicklung der Notstandslehre. Diss. München, 1927.

RITTER, Klaus — Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus; Eine erkenntnistheoretische Auseinandersetzung mit den neueren Versuchen zur Wiederherstellung einer Rechtsmetaphysik. Witten/Ruhr, 1956.

RITTLER, Theodor — Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil. Wien, 2. Aufl. 1954.

ROMMEN, Heinrich — Die ewige Wiederkehr des Naturrechts. München, 2. Aufl. 1947.

SAUER, Wilhelm — Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. In: Festgabe für Reinhard Frank, Bd. I., Tübingen, 1930, S. 202 ff.

-- — Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmäßige Darstellung. Berlin, 3. Aufl. 1955.

SAUTER, Johann — Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre. Wien, 1932.

SCHEEL, Eva — Die übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschließungsgründe. Diss. Frankfurt/Main, 1957.

SCHELER, Max — Der Formalismus in der Ehtik und die materiale Wertethik; Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Hrg. von Maria Scheler, Bern, 4. Aufl. 1954.

-- — Zum Phänomen des Tragischen. In: Vom Umsturz der Werte. Abhandlungen und Aufsätze. 1. Bd. Leipzig, 2. Aufl. 1919, S. 237 ff.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard — Gesinnungsmerkmale im Strafrecht. Tübingen, 1958.

-- — Der Unrechtstatbestand. In: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt/Main, 1969, S. 433 ff.

SCHMIDT, Eberhard — Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand". In: ZStrW 49 (1929), S. 350 ff.

-- — Der übergesetzliche Notstand. Referat auf der 24. Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internat. Kriminalistischen Vereinigung zu Essen am 28. und 29.5.1931. In: MittIKV, N.F. Bd. 5 (1931), 131 ff.

-- — Anmerkung zu dem Urteil des OGH vom 5.3.1949. In: SJZ 1949, Sp. 559 ff.

-- — Franz v.Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts. In: Festschrift für Julius v. Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum. Berlin, 1950, S. 201 ff.

-- — Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen, 2. Aufl. 1951, 3. Aufl. 1965.

SCHMIDT, Eberhard — Kritische Erörterungen zu "Ein Gegenentwurf zum Entwurf eines StGB 1962". In: MDR 1963, 629 ff.

SCHMIDT, Heinrich — Philosophisches Wörterbuch. Hrg: von Georgi Schischkoff. Stuttgart, 16. Aufl. 1961.

SCHÖNKE, Adolf und Horst SCHRÖDER — Strafgesetzbuch; Kommentar. München, Berlin, 14. Aufl. 1969.

SCHRÖDER, Horst — Die Notstandsregelung des E 1959 II. In: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen, 1961, 290 ff.

SCHWALM, Georg — Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen. In: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt/Main, 1969, S. 548 ff.

SIEGERT, Karl — Notstand und Putativnotstand. Tübingen, 1931.

SIMONSON, A. — Der "Mignonette"-Fall in England. In: ZStrW 5 (1885), 367 ff.

STAMMLER, Rudolf — Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich. Erlangen, 1878.

STEGMÜLLER, Wolfgang	Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie. Stuttgart, 2. Aufl. 1960.
STEIN, Friedrich	Das private Wissen des Richters. 1893.
STRATENWERTH, Günter	Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. In: ZStrR 79 (1963), 233.
--	Zum juristischen Begriff des Todes. In: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt/Main, 1969, 528 ff.
SWIFT, Jonathan	Gullivers Reisen. (Insel Verlag) München, 1958
THOMAS v.AQUIN	Summa theologica. Vollständige, ungekürzte deutsch-lateinische Ausgabe, hrg: von der Albertus-Magnus Akademie, Heidelberg, München, Graz, Wien.
del VECCHIO, Giorgio	Die Unzulässigkeit des Rechts als Lebensideal. Sonderdruck aus Philosophia. Belgrad, 1937, 74 ff.
VERDROSS, Alfred	Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Wien, Berlin, 1926, S. 73 ff.
--	Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau. Wien, 2. Aufl. 1963.

WACHINGER, Michael — Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts. In: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I. Tübingen, 1930, S. 469 ff.

WÄCHTER, Roland — Die Schwangerschaftsbeseitigung bei medizinischer und ethischer Indikation nach geltendem und kommendem deutschen Strafrecht. Diss. Saarbrücken, 1965.

WEBER, Hellmuth — Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipzig 1925.

-- — Die Pflichtenkollision im Strafrecht. In: Festschrift für Wilhelm Kisselbach zum 80. Geburtstag. Hamburg 1947, S. 233 ff.

-- — Negative Tatbestandsmerkmale. In: Festschrift für Edgar Mezger zum 70. Geburtstag. München, Berlin, 1954, S. 183 ff.

WEGENER, Arthur — Strafrecht. Allgemeiner Teil. Göttingen, 1951.

WEIGELIN, Ernst — Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie. 1927.

WEISCHEDEL, Wilhelm — Recht und Ethik; Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Karlsruhe, 1956.

v.WEIZSÄCKER, Carl Friedrich — Zum Weltbild der Physik. Stuttgart, 6. Aufl. 1954.

WELZEL, Hans — Kausalität und Handlung. In: ZStrW 51 (1931), 703 ff.

-- — Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie. Tübingen, 1949.

-- — Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 5.3.1949. In: MDR 1949, 373 ff.

-- — Das Gesinnungsmoment im Recht. In: Festschrift für Julius v. Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum. Berlin, 1950, S. 290 ff.

-- — Zum Notstandsproblem. In: ZStrW 63 (1951), 47 ff.

-- — Das deutsche Strafrecht; Eine systematische Darstellung. Berlin, 9. Aufl. 1965. 10. Aufl. 1969.

-- — Naturrecht und materiale Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie. Göttingen, 4. Aufl. 1962.

WELZEL, Hans — An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung. In: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 128. Köln, Opladen, 1966.

WINDELBAND, Wilhelm und Heinz HEIMSOETH — Lehrbuch der Geschichte der Philosophie. Tübingen, 15. Aufl. 1957.

ZITIERWEISE:

Die Werke der im Verzeichnis angeführten Verfasser werden mit dem Namen des Verfassers und gekürztem Titel zitiert.

EINLEITUNG

Der Begriff des strafrechtsfreien Raumes wird von der Idee getragen, daß es irgendwo eine Grenze gibt, die der Bewertung durch das Recht Einhalt gebietet. Bezeichnenderweise konkretisierte sich dieser Begriff gerade im Rahmen der Diskussion um den strafrechtlichen Notstand. Handelt es sich doch beim Notstand um einen Problemenkreis, der an der "Peripherie der Strafrechtswissenschaften"(1) angesiedelt ist und gleichzeitig aber auch an ihre Grundlagen rührt. Die Notstandsproblematik führt also unmittelbar an die Grenzen des Rechts heran und ist deshalb auch besonders geeignet, den Gedanken eines strafrechtsfreien Raumes zu veranschaulichen.

Der gegenwärtige Stand der Notstandsdiskussion, sowie die vielkritisierten vorhandenen Regelungen, insbesondere des E 1962, zeigen noch immer die nun schon Jahrzehnte andauernde Verworrenheit(2) und Unsicherheit. Obwohl allgemein die Ansicht vertreten wird, daß es sich beim Notstand um existentielle(3) und rechtliche Grenzsituationen handle, versuchen sich die bisher beschrittenen Lösungsvorschläge an dem Strafrechtler geläufigen und dem Volksbewußtsein bekannten

---

(1) ENGISCH, Diskussion, MittIKV, N.F., Bd. 5, S. 184. ENGISCH spricht in diesem Zusammenhang auch vom "unvergleichlichen Reiz" dieses Problems!

(2) Vgl. etwa MAURACH, Kritik, S. 1, der das Notstandsproblem "zu den immanenten Problemen des Strafrechts" zählt und GOLDSCHMIDT, Notstand, S. 68, der den Notstand als den "Rechtsmikrokosmos" bezeichnet hat, in welchem sich die wichtigsten Probleme des Strafrechts spiegeln. Im übrigen wird auf die Monographien von HENKEL, v. WEBER, KÖHLER, BROGLIO, MAURACH und SIEGERT sowie auf die Aufsätze von Eb. SCHMIDT und WACHINGER verwiesen.

3) Vgl. JASPERS, Einführung in die Philosophie, S. 33. Man denke auch an DARWINs Theorien, den Kampf ums Dasein, Selektionstheorie.

Möglichkeiten, an Möglichkeiten, die im allgemeinen "innerhalb" des Rechts liegen und im besonderen Strafnormen zu Hilfe nehmen.

Ein befriedigender Weg wurde m.E. deshalb bisher nicht gefunden, weil dabei unter dem Einfluß des Rechtspositivismus viel zu sehr um rechtsdogmatisches Prestige gekämpft wurde, anstatt konsequent zu beachten, daß es sich bei Notsituationen von vornherein wenigstens um rechtliche Grenzsituationen, wenn nicht schon überhaupt um rechtsfreie Bereiche handelt.

In dieser Erkenntnis deutet sich auch die Lösungsmöglichkeit an, die der Gedanke des strafrechtsfreien Raumes liefern könnte und die ja auch schon in frühester Zeit beachtet worden war, bevor sie als unbrauchbar verworfen wurde und schließlich in Vergessenheit geriet. Gerade heute, im Zeitalter des Pluralismus und als Abkehr vom gesetzgeberischen Perfektionismus(4), kommt dem aus einer umfassenden ethischen Sicht geborenen Gedanken des rechtsfreien Raumes und seiner strafrechtlichen Verfügbarkeit besondere Bedeutung zu.

Freilich setzt die Annahme der Existenz eines rechtsfreien Raumes eine Rechtsauffassung voraus, die der oft vertretenen Meinung von der Universalität des Rechts nicht folgt und von einem begrenzbaren und orientierbaren Rechtsbegriff ausgeht.

Deshalb wird es auch Anliegen dieser Arbeit sein, zunächst einmal den Versuch einer Klärung des rechtsphilosophischen Erscheinungsbildes der Denkfigur "rechtsfreier Raum" mittels

---

(4) Vgl. die Gesamtkonzeption des E 1962 und die daran allerseits, insbesondere von Arthur KAUFMANN geübte Kritik in: Gedanken zur Strafrechtsreform, a.a.O.

Konkretisierung des Rechtsbegriffes und der Rechtsgrenzen zu unternehmen, bevor das rechtsdogmatische Stellungsproblem erörtert werden wird.

Wenn es darum geht, die bekannten Fälle tragischer Not-Grenz-Situationen, in denen Menschen angesichts des Todes zum augenblicklichen Handeln herausgefordert, ja gezwungen werden, nachträglich von Rechts wegen auf Unrecht oder Recht, Schuld oder Schuldlosigkeit hin zu untersuchen und zu bewerten, so müßte es selbstverständlich sein, vorab die grundsätzliche Frage zu klären, ob das Recht hier überhaupt noch eine Handhabe zu wertender Stellungnahme hat, auf welcher Grundlage ein eventuelles Unwerturteil oder eine Billigung dieser peripheren Lebenssachverhalte erfolgen könnte. Das ist nämlich die alles entscheidende Frage nach Kompetenz, Reichweite und Grenzen des Rechts und sie kann fundiert nur auf der Grundlage rechtsphilosophischer Überlegungen beantwortet werden.

Wird in der Literatur von einem rechtsfreien Raum gesprochen, so geschieht das meist in rein rechtstheoretischer Weise. Es kommt dabei zu widersprüchlichen Ansichten und Formulierungen, weil eine ausschließlich rechtsdogmatische Begründung für ausreichend angesehen wird. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird sich aber erweisen, daß eine r e c h t s p h i l o s o p h i s c h e Begründung des rechtsfreien Raumes vorausgesetzt werden muß, wenn man zu befriedigenden und praktikablen Ergebnissen kommen will. Eine echte Stellungnahme zu rechtlichen Grenzproblemen kann nämlich nur von einem wohlbegründeten rechtsphilosophischen Standort aus erfolgen, weil diese Fragen über das "rein Rechtliche", das Recht, hinausgehen und in die Tiefen des menschlichen Daseins und die weiten Probleme der Ethik "hinüberreichen". Die Nichtbeachtung dieser Zusammenhänge dürfte die Ursache dafür sein, daß eine gerechte straf-

rechtliche Lösung und Bewertung der im Grenzbereich des Rechts liegenden menschlichen Handlungen sich bisher als schwierig oder gar unmöglich darstellte.

In einem gesonderten Abschnitt ist dann das "rechtliche Erscheinungsbild" des rechtsfreien Raumes unter Berücksichtigung der bereits gewonnenen rechtsphilosophischen Ergebnisse r e c h t s d o g m a t i s c h zu untersuchen und im Verbrechensaufbau einzuordnen. Hierbei muß der Inhalt der Rechtsnormen in seinen Auswirkungen auf die Annahme des rechtsfreien Raumes untersucht werden. Es sind Fragen zu erörtern, die im Zusammenhang mit der Unrechtslehre gesehen werden müssen. Für den rechtsfreien Raum ist es von Bedeutung, an welchem Standort im Verbrechensaufbau die Wertung über Unrecht oder Billigung erfolgt. Schließlich muß die Bezeichnung "rechtsfreier Raum" überprüft werden.

Sodann ist der rechtsphilosophisch und rechtsdogmatisch begründete Begriff des rechtsfreien Raumes an klassischen N o t s t a n d s handlungen zu überprüfen, ist doch -- wie eingangs angedeutet -- der Notstand ein klassisches Beispiel für die Fragwürdigkeit rechtlicher Bewertung[5]. Denn nur dann erfährt das theoretische Erscheinungsbild des rechtsfreien Raumes endgültige und sinnvolle Berechtigung, wenn es sich im Hinblick auf tatsächliche Lebenssachverhalte als praktikabel erweist.

---

(5) Das zeigen treffend einige Sprichwörter: "Not kennt kein Gebot", "Ein Notschlag, kein Totschlag", "Ein besser Recht ist Leibesnot als Herrn Gebot", "Not sucht Brot, wo sie es findet", "Jeder ist sich selbst der Nächste".

In diesem Zusammenhang ist es auch erforderlich, insofern auf bisher für den Notstand in Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung angebotene Lösungsmöglichkeiten einzugehen, als die Vermutung naheliegt, daß sich hinter dieser oder jener in der Vergangenheit herausgearbeiteten Bezeichnung im Grunde nichts anderes als der Gedanke des rechtsfreien Raumes verbirgt.

Abschließend wird es die Aufgabe dieser Untersuchung sein, das in rechtsphilosophischer, rechtsdogmatischer und praktischer Hinsicht erarbeitete Ergebnis über den rechtsfreien Raum unter r e c h t s p o l i t i s c h e m Aspekt zu überprüfen. Es wird untersucht werden, ob es rechtspolitisch überhaupt wünschenswert oder sogar erforderlich oder nur möglich ist, die Existenz des strafrechtsfreien Raumes zu bejahen; Denn dieses Denkmodell kann sich letztlich nur dann als "richtig" erweisen, wenn auch andere Lebenssachverhalte neben Notstandssituationen in den rechtsfreien Raum eingeordnet werden können, ja eingeordnet werden müssen. Hierbei ist insbesondere an die Selbsttötung und an eine Reihe von "Delikten" aus dem weiten Bereich "wider die Sittlichkeit" -- wie es das Strafgesetzbuch von 1871 und der E 1962 benennen -- zu denken.

Würde das entwickelte Prinzip des rechtsfreien Raumes lediglich Notstandssituationen gerecht, so hätte es, umfassend betrachtet, ein zu schmales Fundament. Dann käme letztlich der Erscheinung des strafrechtsfreien Raumes im Gesamtbereich von Recht und Sittlichkeit keine Eigenberechtigung zu, sondern sie wäre nur ein begrenztes Zugehörigkeitsmerkmal speziell für den Notstand. Fällt aber auch die genannte Skala von "Delikten" in den rechtsfreien Raum, läßt sich hierfür die gleiche, zuvor erarbeitete Begründung heranziehen, so kann man behaupten, daß dem Erscheinungsbild des rechtsfreien Raumes eine eigenständige, vom Gesetzgeber zu respektierende Bedeutung zukommt.

1. Abschnitt

RECHTSPHILOSOPHISCHER TEIL

I. HINFÜHRUNG

Über das Recht als Kulturphänomen sind seit Bestehen einer nachvollziehbaren Rechtsphilosophie die verschiedensten Meinungen vertreten und unzählige Begründungen gegeben worden. In Abwandlung der Frage HEIDEGGERs "Warum ist überhaupt Seiendes und nicht vielmehr Nichts?"(1) stellt Werner MAIHOFER in seinen Prolegomena zu einer Rechtsontologie die Frage nach dem Recht "Warum ist Rechtliches überhaupt und nicht vielmehr nicht?"(2) Seine Antwort auf diese Frage lautet: "Grund und Ziel allen Rechts ist die Eigentlichkeit des Alsseins, in der sich das Selbstsein in seinem Dasein mit anderen zu vollbringen hat."(3)

Grund für die Existenz des Rechts ist also die soziale Natur des Menschen oder, um mit KANT zu sprechen, seine "ungesellige Geselligkeit". Es handelt sich mithin um einen Teilaspekt der menschlichen Natur, der dem Recht die Daseinsberechtigung verschafft. Der andere Aspekt, die personale Natur des Menschen, sein Sein als einzelnes Individuum und die damit verbundene Befähigung zur Selbstbestimmung und Selbstvervollkommnung tritt hinzu, um das Bild vom Wesen des Menschen zu vervollständigen.
Wenn hier die Frage nach dem Wesen des Rechts gestellt wird, um im Ergebnis eine Bestimmung seiner Grenzen vor-

---

(1) HEIDEGGER, Einführung in die Metaphysik, S. 1
(2) Recht und Sein, S. 39
(3) a.a.O., S. 125

nehmen zu können[4], dann zeichnen sich als Kristallisationspunkte die Probleme von Absolutheit und Relativität, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, Sein und Sollen ab. Und schließlich muß die Interdependenz von Recht und Sittlichkeit unter Berücksichtigung des jeweiligen Menschenbildes erörtert werden.

1. REICHWEITE DES RECHTS IM LICHTE DER BEURTEILUNG EXISTENTIELLER GRENZSITUATIONEN

Die unterschiedliche Bewertung der oben genannten einzelnen Aspekte im Laufe der Geschichte, die jeweilige Auffassung vom Wesen des Menschen und das damit einhergehende wechselnde Verständnis vom menschlichen Sein, hatte auch einen Wechsel des Rechtsverständnisses bzw. der Auffassungen vom Wesen des Rechts zur Folge. Für den rechtsfreien Raum bedeutet das, daß seine durch die Reichweite des Rechts bestimmte Existenzbreite nach Maßgabe der Interpretation von Menschenbild und Rechtsidee variiert. Je nachdem, ob das menschliche Sein infolge eines erkenntnistheoretischen Spektizismus als im Ontischen, Innerweltlichen verwurzelt verstanden wurde oder erkenntnisoptimistisch auf einen transzendenten Hintergrund bezogen wurde, ergab sich eine Beschränkung des

---

(4) FORSTHOFF erklärte die Frage nach den Grenzen des Rechts darum für fruchtbar, "Weil sie notwendig in die Mitte des Rechts und seiner Ordnung hineinführt." Grenzen des Rechts, S. 7; auch ENGISCH spricht diese Erkenntnis deutlich aus, wenn er sagt, "die Analyse des Rechtsbegriffs klärt über die Reichweite des Rechts u n d über die Möglichkeit eines rechtsfreien Raumes auf." ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 402; Sperrung vom Verfasser.

Rechts auf seine Existenz und das damit verbundene Hauptanliegen R e c h t s s i c h e r h e i t oder ein Bezug auf die Essenz und das damit verbundene Hauptanliegen G e r e c h t i g k e i t . Auf diesem Hintergrund zeichnet sich in aller Deutlichkeit die vieldiskutierte Antinomie von Universalität und Restriktion des Rechts ab.

Über die Zusammenhänge, die sich zwischen der jeweiligen Rechtsauffassung und der Reichweite des Rechts bzw. der Möglichkeit eines rechtsfreien Raumes ergeben, äußerte sich beispielsweise ENGISCH(5) folgendermaßen: "Tatsächlich läßt sich nicht bestreiten, daß die Annahme eines rechtsfreien Raumes ganz und gar bestimmt ist von der Auffassung, die man vom Recht selbst mitbringt. Der Positivist wird hier zu anderen Ergebnissen gelangen als der Naturrechtsgläubige. Gewichtig und nicht leicht aus dem Wege zu räumen ist daher das weitere Bedenken, daß die Lehre vom rechtsfreien Raum eine geschlossene wohlbegründete Rechtsphilosophie voraussetzt." In diesem Sinne wird es auch Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, die philosophischen Zusammenhänge darzulegen, die zwischen der Rechtsidee und der Theorie des rechtsfreien Raumes bestehen.

Umgekehrt, so sagt ENGISCH an anderer Stelle, ist diese juristische Kategorie geeignet, "Helles Licht auf das Wesen des Rechts fallen zu lassen"(6). Diese Behauptung hat sich bereits vielfach, und zwar immer dann bewahrheitet, wenn die an der Peripherie des Rechtskreises angesiedelten, in Grenzsituationen menschlicher Not begangenen Handlungen ins Licht der Rechtsbetrachtung rückten. Die Art und Weise ihrer Betrachtung und Bewertung läßt den Schluß auf die Beschaffenheit des Beurteilungsmaßstabes der jeweiligen Rechtsauffassung zu.

---

(5) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 403
(6) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1956, S. 206

Den folgenden Beispielsfällen ist gemeinsam, daß die Tat aus einer mehr oder weniger extremen Notsituation des strafrechtlichen Notstandes hervorgeht. Sie lassen sich aber auch nach jeweils verschiedenen charakteristischen Merkmalen in drei Gruppen unterscheiden.

In der e r s t e n Fallgruppe sind die Rechtsgüter, das jeweils verletzte und das jeweils geschützte, ohne Schwierigkeiten rechtlich abwägbar: eigenes, bzw. fremdes Menschenleben wird auf Kosten niedriger Rechtsgüter wie z.B. Eigentum und Verkehrssicherheit gerettet.

Fall 1: Ein Bergsteiger gerät durch einen Wettersturz unverhofft in Bergnot. Um nicht erfrieren zu müssen, bricht er in die einem Privatmann gehörende verschlossene Berghütte ein.

Fall 2: Ein Autofahrer verstößt vorsätzlich gegen Verkehrsvorschriften, während er mit überhöhter Geschwindigkeit einen lebensgefährlich Verletzten, der zu verbluten droht, ins Krankenhaus fährt.

Da das Unrechttun des Täters mit den Mitteln der Rechtsordnung entweder gerechtfertigt oder entschuldigt werden kann, stehen diese Fälle außerhalb der hier behandelten Problematik.

In der z w e i t e n Gruppe befinden sich die folgenden bekannten Fälle:

Fall 3: Bei einem Schiffbruch erreichen zwei Personen gleichzeitig eine schwimmende Planke, welche nur einen von ihnen zu tragen vermag. Jeder der beiden Schiffbrüchigen versucht, den anderen vom Brett fernzuhalten, bzw. in die Fluten zu stoßen. (Brett des KARNEADES)

Fall 4a: Von zwei mit einem Seil verbundenen Bergsteigern ist einer in eine Gletscherspalte gestürzt. Weder die eigene noch die Kraft des anderen Bergsteigers reichen aus, um ihn zu befreien. Um nicht selbst noch hinabgerissen zu werden, kappt der andere das Seil.

Fall 5: Nachdem drei schiffbrüchige Matrosen 20 Tage lang ohne Nahrung und Trinkwasser in einem kleinen Boot auf offener See getrieben waren, hatten sie den schon im Sterben liegenden Schiffsjungen getötet und verzehrt. (MIGNONETTE-Fall)

Diesen Fällen der zweiten Gruppe ist gemeinsam, daß sich die gleichwertigen, weder qualitativ noch quantitativ gegeneinander abwägbaren Rechtsgüter des menschlichen Lebens gegenüberstehen.

Wesentliches Charakteristikum gerade dieser Fälle ist die direkte, "eigene" Notlage der jeweiligen Täter: sie alle müssen um ihre unmittelbar bedrohte Existenz ringen. Diese Notstandstäter haben nicht die Möglichkeit, ein niedrigeres Rechtsgut zu opfern, für sie geht es um die Frage des "Ich o d e r Du".

Dennoch hat ein Mensch in solchen Situationen die Möglichkeit und das Recht der freien Wahl zwischen den Alternativen: e n t w e d e r um sein eigenes Leben zu kämpfen, sich auf Kosten des anderen zu erhalten und damit auch zu töten o d e r sich edel und heroisch für den anderen zu opfern, nicht zu töten, kein Unrecht zu begehen.

Somit steht der Eingriffsmöglichkeit in das fremde Rechtsgut der Ausweg der anderen Möglichkeit, nämlich in der Not unterzugehen, gegenüber.

Nicht unmittelbar vom Tode bedroht sind dagegen Täter einer

d r i t t e n Fallgruppe, der die folgenden tragischen Lebenssachverhalte zugrunde liegen:

Fall 4b: Von d r e i Bergsteigern einer Seilschaft sind zwei in eine Gletscherspalte gestürzt. Der Dritte ist nicht in der Lage, beide herauszuziehen. Um wenigstens einen zu retten, opfert er den anderen, indem er das Seilende kappt.

Fall 6: Ein Weichenwärter sieht, daß ein einzelner Güterwagen talwärts rast und auf einen haltenden, vollbesetzten Personenzug zu prallen droht. Er kann entweder untätig bleiben, oder den Güterwagen durch Umstellen einer Weiche auf ein Nebengleis leiten, auf dem aber drei Streckenarbeiter tätig sind. (Weichenwärter-Fall)

Fall 7: Im Anschluß an den hinreichend bekannten, berüchtigten "Führererlaß" vom 1. September 1939 entschlossen sich einzelne Anstaltsärzte zu folgendem Vorgehen: sie setzten nur wenige Insassen auf die sog. "Verlegungslisten", um eine weitaus größere Anzahl Kranker dadurch vor dem sicheren Tod zu retten. Im Falle der Verweigerung ihrer Mitarbeit wären die Ärzte durch willfährige SS-Ärzte ersetzt worden. (Euthanasie-Fälle)

Diese Täter befinden sich zwar in einer überaus tragischen Notlage. Ihr Handeln dient aber nicht dem Zwecke der Selbsterhaltung, so daß Zumutbarkeit, Heroismus, menschliche Schwäche, Wahlmöglichkeit oder Wahl des kleineren Übels als Argumente bei der Betrachtung dieser dritten Gruppe ohne Bedeutung für eine rechtliche Bewertung sind.

Diese Täter mögen sich verhalten wie sie wollen, gleichviel werden sie töten. Ob sie damit auch Unrecht tun, muß im Folgenden untersucht werden.

Zwar scheint die rechtliche Relevanz des Interventionsverhaltens jener Täter auf den ersten Blick festzustehen, da es zur Wertvernichtung gekommen ist. Bei eingehender Betrachtung ergeben sich dann aber doch Zweifel an der rechtlichen Bewertbarkeit eines Verhaltens, das keine Möglichkeit zu freier Determination mehr enthält, weil keiner der verbleibenden Wahlakte einen unrechtsfreien Ausweg bietet, sondern zwangsläufig in die Wertvernichtung führt.

Hat nun aber das Strafrecht in solch einem Fall noch die Möglichkeit zu wertender Stellungnahme? Reicht sein Aufgabenbereich bis in diese Grenzbereiche des menschlichen Seins, oder handelt es sich hier bereits um strafrechtsfreie Bereiche?

Eine eindeutige Antwort auf diese Fragen ist nur dann zu finden, wenn eine Klärung des Rechtsbegriffs die notwendige Klarheit über die Ausmaße des rechtlichen Kompetenzbereichs gebracht hat. Mit der Denkweise der dogmatischen Jurisprudenz allein[7] lassen sich die hier gestellten Probleme nicht bewältigen.

2. DOGMATISCHER GRENZBEREICH UND RECHTSFREIER RAUM

Dennoch erlebt man es immer wieder, "daß sich in rechtsphilosophischen Fragen Juristen zu Wort melden, die niemals

---

(7) Hier wird ja auch insofern die natürliche Ordnung umgekehrt, als man sich von dogmatischer Seite anschickt, über Existenzformen des Rechts zu urteilen, ohne sich über den Seinsgrund desselben im klaren zu sein.

den Zugang zur Philosophie gefunden, ja auch nur gesucht haben"[8]. Darin ist auch der Grund für die Verworrenheit und Substanzlosigkeit der Urteile und Meinungen über den rechtsfreien Raum zu suchen.

Es herrscht keineswegs Klarheit darüber, was mit dem Begriff des rechtsfreien Raumes angesprochen und ausgedrückt werden soll. Von einigen Autoren wird der rechtsfreie Raum als "Denkfigur" oder als "juristische Kategorie" bezeichnet. Im ganzen gesehen wird der Begriff jedoch mehr oder weniger als Schlagwort verwendet. Man vermißt genaue Vorstellungen über Begründung und Standort des rechtsfreien Raumes, wie sie sich etwa mit den strafrechtlichen Begriffen "Rechtfertigungsgrund", "Unrechtsausschließungsgrund", "Entschuldigungsgrund" oder "Gnade" verbinden.

In der Rechtsphilosophie selbst wurde dieser, wie es ENGISCH einmal treffend charakterisierte, "in sich vieldeutig schillernde Begriff"[9] bisher im großen und ganzen in nachlässiger Weise entweder nur gestreift oder im Rahmen des Lückenproblems mitbehandelt[10]. Soweit ersichtlich, hat sich bisher lediglich ENGISCH ausführlich mit diesem Problem beschäftigt. Ihm verdanken wir zwei wegweisende wie aufschlußreiche dialektische Untersuchungen zum rechtsfreien Raum[11]. Es ist

---

(8) Arthur KAUFMANN, Zur rechtsphilosophischen Situation, S. 138.
(9) Einführung in das juristische Denken, S. 136.
(10) Vgl. etwa BERGBOHM, Jurisprudenz, S. 393-396, FUCHS, Lex permissiva, S. 183-203, ENGISCH, Der Begriff der Rechtslücke, S. 85 ff., insbesondere S. 99 ff und derselbe, Einführung in das juristische Denken, S.134 ff; LARENZ, Methodenlehre, S. 279.
(11) Der rechtsfreie Raum 1952 und Der rechtsfreie Raum 1956.

vor allem sein besonderes Verdienst, im Rahmen dieser Untersuchungen die Grenzen des Rechts wieder ins Blickfeld gerückt zu haben. "So muß das Recht stets darauf bedacht sein, die Grenzen seiner Macht zu kennen. Jenseits der Grenzen dieser Macht beginnt der rechtsfreie Raum"(12).

Im Gegensatz zu der namentlich von RADBRUCH vertretenen These von der Universalität und grenzenlosen Reichweite des Rechts(13) gewinnt bei ENGISCH wieder der Gedanke der Restriktion gewisse Bedeutung. So hält er es für sinnlos, daß das Recht angesichts des Lebensnotstandes seine Gebote aufrechterhalten will. Und ist es nicht wirklich wider alle Vernunft, das Handeln eines Menschen in einer Situation, die sozusagen oberhalb der Freiheit gelegen ist und keinerlei Determination mehr zuläßt, bewerten zu wollen? Rechtliches Sollen, ja sogar Müssen, scheitert doch in den Beispielsfällen bereits am Können, und die Grenzen des Rechts manifestieren sich sozusagen am Objekt der Bewertung, dem mit herkömmlichen Maßstäben nicht mehr beizukommen ist.

Eine Betrachtung der Art und Weise, in der sich die Rechtsprechung mit den zur Diskussion stehenden Fällen befaßte, verdeutlicht das Fehlen eines brauchbaren Beurteilungsmaßstabes und das Versagen der Methode des Rechts als Normwissenschaft. So werden beispielsweise die in den Euthanasie-Prozessen angeklagten Ärzte vom Schwurgericht Münster als gerechtfertigt angesehen(14), während sie der Oberste Gerichtshof nicht einmal entschuldigen zu können glaubte(15).

---

(12) Der rechtsfreie Raum 1956, S. 214.
(13) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 298. "Es liegt im Wesen rechtlicher Ordnung, universal zu sein. Recht kann eine Teilregelung nicht treffen, ohne schon durch die Auswahl des geregelten Teils menschlicher Beziehungen auch zu dem nichtgeregelten Teil -- eben durch Ausschluß von Rechtsauswirkungen -- Stellung zu nehmen."
(14) OGHSt 1, 333.
(15) OGHSt 1, 321 ff.

Andernorts[16] wird die Entscheidung in diesen Fällen nach ausführlicher rein dogmatischer Betrachtung ebenfalls zugunsten eines Schuldspruchs gefällt. Allerdings, und das ist als Eingeständnis der Unangemessenheit des Urteils zu werten, wird nachträglich ein Ausweg über die Gnade gesucht. Hier zeigt sich sehr deutlich die Unsicherheit abstrakter dogmatischer Konstruktionen, die ohne Kenntnis und Berücksichtigung der Rechtsidee sozusagen als Tribut an die positivistische Tradition auf den geschilderten Fällen menschlicher Not errichtet wurden.

Ein besonders demonstratives Beispiel für diese Geisteshaltung bietet das englische Recht mit seiner Beurteilung des zuvor geschilderten MIGNONETTE-Falles. In diesem Urteil heißt es: "Es gibt keinen sicheren Pfad zu gehen für die Richter, als das Recht nach ihrem besten Können festzustellen und es gemäß ihrer Urteilskraft auszusprechen, und wenn in irgend einem Fall das Recht zu streng erscheint für einzelne, es dem Souverän zu überlassen, das Vorrecht der Gnade auszuüben, das die Verfassung den Händen anvertraut hat, die am geeignetsten sind, es zu verwalten"[17]. Weiter heißt es: "Wir sind oft gezwungen, Maße aufzustellen, die wir selbst nicht erreichen können, und Normen festzulegen, denen wir selbst nicht Genüge tun können"[18]. Daß "Lösungen" wie diese und vor allem die in den Euthanasie-Prozessen beschrittenen Wege eher dazu beitragen, die Positionen zu verhärten,

---

(16) Eva SCHEEL, Die übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafrechtsausschließungsgründe, S. 73 ff.
(17) RADBRUCH, Der Geist des englischen Rechts, S. 73. Man beachte die Formulierung vom "sicheren Pfad" und den damit verbundenen Hinweis auf die als oberstes Prinzip anerkannte Rechtssicherheit.
(18) RADBRUCH, a.a.O., S. 74.

als die Suche nach der Wahrheit auch nur um ein geringes zu fördern, liegt auf der Hand. Sicher ist jedoch, daß das Ideal der Gerechtigkeit hier gründlich verfehlt wurde. Die vorgeschlagene "Lösung" ist sowohl für die Rechtsgemeinschaft als auch für die Angeklagten im hohen Maße unbefriedigend: Für die Rechtsgemeinschaft, weil sich jeder andere Rechtsgenosse in dieser Situation unausweichlich ebenso in Schuld verstrickt hätte; für die Angeklagten, weil sie für eine Schuld einstehen müssen, die ohne ihr Zutun über sie kam und damit auf eine Stufe mit dem Verbrecher gestellt werden, der sich aus freien Stücken für die Schuld entscheidet.

II. GELTUNGSGRUND UND GRENZEN DES RECHTS BEI BESCHRÄNKUNG DES SEINS AUF DIE FAKTIZITÄT

Angesichts dieser Sachlage und der Befangenheit des Rechtsbetriebs, für den der Rechtscharakter einer Norm allein in der Positivität zu bestehen scheint, ist der Jurist -- als Praktiker, Wissenschaftler und Rechtsphilosoph -- aufgefordert, sich erneut der Idee des Rechts zuzuwenden. Es ist dies die Suche nach einem Grund der Möglichkeit gerechten Handelns und Entscheidens, die sich dem abstrakten Problem nicht verschließen darf, und die im Bemühen um gerechtere Lösungen praktischer Rechtsfragen und die Auffindung der Grenzen des Rechts auch die Möglichkeit eines materialen Maßstabes nicht außer acht lassen darf.

Die charakteristische Skepsis und der vielbeschworene horror vacui, mit denen der moderne Mensch materialen Wertbezügen gegenübertritt, mag auch eine Erklärung für die immer wieder zu beobachtende Flucht hinter die Paragraphen und den nur

zögernd einsetzenden Prozeß der Loslösung von überkommenen Rechtstraditionen sein. Man spricht von Standortlosigkeit und von der "irritierten Seinsverfassung" und charakterisiert unsere Gesellschaft als eine pluralistische. Umso dringlicher stellt sich deshalb die Aufgabe, einen fundierten Standort zu suchen, um von dort aus Maßstäbe finden zu können, an denen das positive Recht gemessen werden kann. Ein oberster Orientierungspol für das Recht würde weiterhin eine Fixierung der Grenzen und eine Standortbestimmung des rechtsfreien Raumes ermöglichen.

1. TRENNUNG VON RECHT UND SITTLICHKEIT

Nirgends zeigt sich die Verworrenheit und Unsicherheit in den dogmatischen Grenzbereichen des Rechts anschaulicher als an den genannten Urteilen, die weder zweckmäßig im Sinne der Rechtsordnung noch gerecht im Hinblick auf den Rechtsunterworfenen sind.

Wenn hier von einer Flucht hinter die Paragraphen, von überkommenen positivistischen Rechtstraditionen die Rede war, so stützen sich diese Feststellungen nicht allein auf die zitierten Urteile, sondern auch auf die Zeugnisse der letzten 300 Jahre abendländischer Geistestradition, die infolge der Ablösung der Seinsphilosophie durch die Bewußtseinsphilosophie zu einer einseitigen Konzentration auf die Naturwissenschaften neigte und die moralisch-rechtlichen Probleme als im irrealen Bereich des Glaubens liegend abtat[19]. Gleich-

(19) Vgl. VERDROSS, Rechtsphilosophie, S. 107
"In der neuzeitlichen Philosophie von DESCARTES bis KANT und seiner Schule tritt an die Stelle des Realismus der vom Subjekt ausgehende Idealismus, an die Stelle der vertrauensvollen Hingabe an das objektive Sein der Welt die Konstruktion der Welt aus den Kräften der Vernunft."

zeitig mit dem philosophischen Wagnis, durch das in scharfen Gegensatz zum Glauben gerückte Wissen die Lebensaufgabe bewältigen zu wollen, war das Ideal der "logischen Geschlossenheit des Rechts" in die Rechtswissenschaft eingedrungen.

Schon mit HOBBES und in extremer Form mit SPINOZA war eine rationalistische "Naturrechtslehre"(20) auf den Plan getreten, die in reinen Rechtspositivismus mündete, da unter Verzicht auf alle moralischen Normen die vernünftige Natur des Menschen zum alleinigen Quell der Handlungsmaximen erklärt wurde. Die Ausgestaltung der Normen wurde der Willkür des Gesetzgebers überantwortet.

Die hier beschlossene Trennung von Wissen und Glauben, von "Göttlichem" und "natürlicher Vernunfterkenntnis" wurde noch vertieft durch den cartesianischen Rationalismus und findet schließlich ihren klarsten Ausdruck bei KANT, der das moralisch rechtliche Sollen aus dem "Faktum der reinen Vernunft" des Menschen als soziales Wesen ableitet.

In seiner "Kritik der reinen Vernunft" war KANT zu dem Ergebnis gelangt, daß materiale Wesenheiten mathematisch exakt nicht nachweisbar seien und ihnen deshalb auch keine Allgemeingültigkeit zukomme(21). Damit hatte er die Abkehr vom "Ding an sich" eingeleitet und die Hinwendung und ausschließliche Konzentration auf die im Subjekt der Erkenntnis beschlossene Welt der Erscheinungen. Die Beschränkung des Seins auf das Ontische bedeutete eine Relativierung der Werte(22) und für das Recht den Verlust der Möglichkeit, einen materialen Maßstab für das rechtliche Sollen zu finden, d.h. ein verpflichtendes Sollen als Geltungsgrund des Rechts überhaupt begründen zu können. Der seiner ethischen Grundlage beraubte

(20) Der Naturrechtsbegriff tritt hier in Gegensatz zu dem Naturrechtsbegriff der "klassischen Naturrechtslehre".
(21) Vgl. dazu Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 60 f.; KANT, Kritik der reinen Vernunft, S. 600 ff.
(22) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 35, Anm. 97.

Rechtsinhalt war auf das Faktum des Rechts reduziert worden und beschränkte sich auf die Festlegung bestimmter äußerer Verhaltensweisen. Die Verpflichtungskraft des Rechts wurde auf die Bindung an das Vernunftgesetz und den Consens der Gesellschaft gegründet: "Der Mensch ist zwar unheilig genug, aber die Menschheit in seiner Person muß ihm heilig sein.. .."(23). Die Erfüllung der Rechtspflicht wurde allein am Grundsatz der Legalität gemessen. Die Triebfeder des Handelns, die Gesinnung, blieb dem streng vom Bereich des Rechts getrennten Bereich der Moral vorbehalten. Hierher verwies KANT die inneren Pflichten, die er auf den Autonomiegedanken, die freie Selbstbestimmung des vernünftigen Willens, gründete(24).

In dieser Trennung von Recht und Sittlichkeit ist die Möglichkeit für die willkürliche, nur durch den Zwang gewährleistete Ausgestaltung des Rechtsbegriffs, die zweckorientierte Elastizität der Rechtsgrenzen enthalten. KANT hatte geglaubt, dieser Gefahr begegnen zu können, indem er den Personwert des Menschen gleichsam verabsolutierte(25);

---

(23) KANT, Kritik der praktischen Vernunft, S. 102.

(24) Durch das Prinzip der moralischen Selbstgesetzgebung erhielt die Ethik eine rein formale Grundlage und wurde, bar jeden materialen Bezugs, allen Inhalten geöffnet. "Wenn ein vernünftiges Wesen sich seine Maximen als praktische allgemeine Gesetze denken soll, so kann es sich dieselben nur als solche Prinzipien denken, die nicht der Materie, sondern bloß der Form nach den Bestimmungsgrund des Willens enthalten." KANT, Kritik der praktischen Vernunft, S. 135. Die so verstandene Ethik wird in ihrer Beurteilung des Menschen reine Gesinnungsethik, die das Sittliche nur seiner Form nach bestimmt, etwa als "Achtung für das Gesetz". KANT, Metaphysik, S. 74. Dazu meint WELZEL: "Eine reine Gesinnungsethik, die nur auf das Innere blickt und von jeder objektiv sittlichen Materie absieht, ist konsequent gar nicht durchführbar." (Vom irrenden Gewissen, S. 21.) Vgl. auch REINER, Gesinnungsethik und Erfolgsethik, S. 527: KANT setzte das "Wesen des sittlich Guten nunmehr aus-

er erhob den Autonomiegedanken zum materialen Prinzip, indem er dem menschlichen Dasein auf Grund der freien Selbstbestimmung des sittlichen Willens absoluten Wert beimaß. "Nur der Mensch und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf ist Zweck an sich selbst. Er ist nämlich das Subjekt des moralischen Gesetzes, welches heilig ist, vermöge der Autonomie seiner Freiheit"(26). In diesem Bruch des KANTischen Denkens(27) -- und um einen solchen handelt es sich unverkennbar, wenn plötzlich, ungeachtet der sonst rigorosen Abweisung alles Materialen, der Autonomie absoluter Wert beigemessen wird -- liegt die Ursache für die allmähliche Entleerung des

---

drücklich und ausschließlich in die Gesinnung, indem er das gute Handeln als ein solches "aus Pflicht" und d.h. "aus Achtung vor dem Gesetz" erklärte. -- In dieser Systematik KANTs ist der Gegensatz zwischen Gesinnung und Erfolg in der Ethik erstmals unter Verwendung dieser beiden Begriffe scharf herausgestellt; und KANT scheint sich dabei rein für eine Gesinnungsethik entschieden zu haben."

(25) WELZEL, Vom irrenden Gewissen, S. 19. "Nur einem Inhalt hat KANT unbeirrt absoluten Wert beigemessen: dem Menschen als moralischer Person."

(26) KANT, Kritik der praktischen Vernunft, S. 102.

(27) Es ist unmöglich, sittliche Inhalte aus dem mit begrifflicher Allgemeinheit versehenen Persongedanken zu deduzieren, ohne das empirische Sein des Menschen zuvor dafür in Anspruch zu nehmen, oder, wie WELZEL es ausdrückt, ohne den Personbegriff "mit Bestandstücken der empirischen Natur des Menschen" aufzufüllen. WELZEL, Vom irrenden Gewissen, S. 27, Anm. 72. Vgl. auch RITTER, "Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus", S. 56 f. Der Fehler des Gedankenganges liegt somit in der von KANT selber gewonnenen, unverlierbaren Einsicht, daß alles Inhaltliche, Stoffliche nur erfahrbar sei, nicht aber von vornherein in der Vernunft gegeben sei. Zur "Unableitbarkeit des Wertes aus der Wirklichkeit", bzw. der "Schau der Idee in dem Stoff", vgl. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 99, wo er vom "Glücksfall der Intuition, der nicht eine Methode der Erkenntnis" sei, spricht.

Autonomieprinzips und die Überantwortung der Bestimmung der Inhalte des Sittlichen sowie der Rechtsinhalte an den totalen Relativismus. Hiermit war der Grundstein gelegt für ein politisches Zweckdenken, das später unter dem Panier des Rechtszwanges den Gedanken der Gerechtigkeit preisgeben konnte.

Getreu den Lehren KANTischer Ethik und den daraus für das Recht gezogenen Schlußfolgerungen war zunächst der Grundsatz der Tatvergeltung(28) im Strafrecht des 19. Jhd. Ausdruck liberaler Rechtsstaatlichkeit. Auf diese Weise konnte der autonome Bezirk der Persönlichkeit gegen den heteronomen Zwang vorerst noch abgeschirmt werden. Voraussetzung dafür war der mit dem Autonomiebegriff verbundene Gleichheitsgedanke, durch den als weitere Folge die Gerechtigkeit auf die Merkmale: ausgleichend und verteilend eingeengt wurde; d.h. sie erhielt formalen Charakter(29). Dennoch hatte der Autonomiegedanke Substanz genug, um im "Bereich der Intersubjektivität den Boden zu gewinnen, der im Normalfall eine Rechtsordnung tragen kann"(30).

---

(28) Die Trennung von Recht und Sittlichkeit wird besonders verständlich aus dem Zeitgeist der Aufklärung und des liberalen Individualismus, der auf diese Weise die Persönlichkeit des einzelnen vor der Staatsmacht und allem staatlichen Zweckdenken abschirmt und abgrenzt. Mit der Verweisung der Gesinnung in die Ethik sind auch die autonomen Bezirke der sittlichen Persönlichkeit jeder rechtlichen Beeinflussung entzogen worden. Die staatliche Strafrechtspflege war am Maßstab einer tatvergeltenden, formalen, d.h. gesetzesbestimmten Gerechtigkeit orientiert. Vgl. auch Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 188.

(29) Zur Einteilung der Gerechtigkeit vgl. KANT, Metaphysik, S. 116. Erwähnt werden lediglich justitia commutativa und justitia distributiva. Auf S. 162 spricht KANT von "Gerechtigkeit als Idee der richterlichen Gewalt, nach allgemeinen, a priori begründeten Gesetzen".

(30) Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 25.

2. ZERFALL DES PERSONBEGRIFFS

Allerdings währte der "Normfall" nicht allzu lange; genau so lange wie die Gesellschaft, die Träger dieser Ideen -- namentlich des Autonomiegedankens -- gewesen war, ihre Struktur bewahrte. Schon 1893 fragte Franz v. LISZT, ob die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt der hereinbrechenden sozialistischen Strömung Widerstand leisten könne.(31) Überlegungen kriminalpolitischer Art stellten die Zweckmäßigkeit des Strafrechts in Frage. -- Dem Strafrecht wurde die Aufgabe der Verbrechensbekämpfung übertragen, was seinen Zuschnitt auf die Täter-Persönlichkeit erforderte; an die Stelle generalisierender Tatvergeltung trat nun individualisierende Tätererfassung. Die Bedeutung des tragenden Autonomiegedankens sank mit der Einbeziehung der Persönlichkeitssphäre des einzelnen in das Recht.

Gleichzeitig verlor die Idee der Gerechtigkeit immer mehr an Substanz. Die Taten konnten nicht mehr nach einem für alle gleichen Maßstab gewogen werden, sondern "bei gleichen Taten wird das kriminalpolitisch Zweckmäßige den einzelnen gegenüber in sehr verschiedenartiger Weise ermittelt"(32). Zugunsten kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit hatte das bisherige Prinzip der formalen, gesetzesbestimmten Gerechtigkeit weichen müssen. Das bedeutete, daß der Rahmen der Normen nun nach Maßgabe der Zweckmäßigkeit gespannt werden konnte,

---

(31) Strafrechtliche Aufsätze ..., Bd. II, S. 81; "Täusche ich mich über den Zug der Zeit? Der liberale Individualismus, der die Interessen des einzelnen gegenüber jenen der Gesamtheit in erster Linie betonte, der Geist der Aufklärungszeit und der aus dieser hervorgegangenen großen französischen Revolution hat uns die scharfe Begrenzung der staatlichen Strafgewalt gebracht; wird diese der hereinbrechenden sozialistischen Strömung Widerstand zu leisten vermögen?"

(32) Eb. SCHMIDT, Franz v. LISZT, S. 211.

weil es einen materialen Bezug jetzt nicht einmal mehr als Restbestand gab[33]. Die Elastizität der Zweckmäßigkeit aber ist -- wie die Erfahrung zeigt -- nahezu unbegrenzt.

So charakterisiert WELZEL diesen Vorgang als totale Auslieferung des Menschen an die überlegene Macht. Und wo eine "Macht grenzenlos wird, da fiele er ihr restlos, nicht nur physisch, sondern auch geistig anheim"[34].

Am Beginn der Entwicklung hatte die Loslösung des Rechts von seiner sittlichen Grundlage, der Verzicht auf eine Orientierung an der Wertwelt des Sittlichen und die Beschränkung des Seins auf die Faktizität gestanden. Dabei war der Mensch im Recht einer wesentlichen Dimension beraubt worden. Es wurde ihm die Fähigkeit abgesprochen, eine Rechtspflicht um eines ihr selbst innewohnenden Wertes willen erfüllen zu können. Das Wagnis, dieses Prinzip der freien Selbstbestimmung im Recht zugunsten des Autonomiegedankens preiszugeben,

---

(33) Der Weg, der mit der Entscheidung für kriminalpolitische Zweckmäßigkeit beschritten wird, öffnet der allmählichen Entfernung von der sittlichen Idee des Rechts jede Möglichkeit. Als Extrem schließt er die Unterwerfung des Rechts unter die Staatsraison des Machtstaates ein; ganz im Gegensatz zum Rechtsstaat, in dem das oberste Prinzip des Gerechten und Humanen jedem staatlichen Wollen Grenzen setzt. Diese Zusammenhänge verdeutlichen, daß mit dem Kampf um die Rolle der Macht im gegenwärtigen Recht auch eine Entscheidung in diesem Sinne gefällt werden muß, wobei es möglicherweise um den Bestand der abendländischen Kultur gehen könnte. Die Gefahren, die auf diesem Grunde schon einmal gewachsen sind, stehen heute, auf die Spitze getrieben, wieder in den Machtsystemen der östlichen Welt vor uns. Anstelle der Gerechtigkeit ist die Staatsraison getreten, der Staat ist sich selbst oberster Wert - ein Machtstaat, dessen Dienerin die Justiz ist -. Auf die Parallele der jüngsten Geschichte sei mit dem GOEBBELS-Zitat hingewiesen: "Die Justiz ist nicht die Beherrscherin, sondern die Dienerin der Staatspolitik."

(34) WELZEL, Naturrecht, S. 238 f.

hatte die allmähliche Auszehrung des letzten, wenn auch formalen Wertes, dem sich das Recht in der Person des Menschen zunächst verpflichtet hatte, zur Folge(35).

III. NEUBESINNUNG AUF GELTUNGSGRUND UND GRENZEN DES RECHTS

1. REKONSTRUKTION DES PERSONBEGRIFFS

Die Verbannung des Ethos aus dem Recht und der den Verzicht auf einen daseinstranszendenten Sollensmaßstab begleitende Verzicht auf eine wie immer auch geartete Verquickung des Rechts mit der Ethik, hatte den Zerfall des Personbegriffs eingeleitet und über eine allmähliche Preisgabe des Gerechtigkeitsdenkens an das Zweckdenken schließlich zur völligen Aufgabe der Idee vom Menschen als sittlichen Selbstzweck geführt. HEIDEGGERs Formulierungen vom Modus der "Uneigentlichkeit" und "Defizienz", von der "Verfallenheit" an das "Man"(36) charakterisieren treffend die Situation(37).

---

(35) Freilich hatte Franz v. LISZT eingedenk der hier beschlossenen Gefahren den sozialen Aspekt (Täter) der Norm durch den rechtlichen (Tat) begrenzen wollen: "Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik".Franz v. LISZT, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. 80. Nur konnte das unter der Herrschaft des Zweckmäßigkeitsprinzips bzw. der zum Dogma erhobenen Rechtssicherheit stehende Strafrecht dem staatlichen Wollen keine Grenzen mehr setzen. Vgl. hierzu Arthur KAUFMANN, JZ 67, S. 558.

(36) HEIDEGGER, Sein und Zeit, S. 175 ff.

(37) Wenn MAIHOFER in "Recht und Sein" sagt: "Rechtswelt und Rechtsgesetz sind in dieser Sicht ... nicht nur 'ethisch' ohne Boden, denn eine eigentliche Sozialethik gibt es nicht, sondern auch 'ontologisch' ohne Grund, weil 'eigentlich' nichtig.", S. 22, so gilt das nicht nur für den Existentialismus, sondern für die ganze nachkantianische Periode bis in unsere Tage.

Denn dem veränderten Menschenbild konnte nur eine veränderte Rechtsauffassung entsprechen. Mit der allmählichen Bedeutungsentleerung des Autonomiegedankens wuchsen dem Recht immer beträchtlichere Kompetenzen dem einzelnen gegenüber zu. Die bisher als unantastbar geltenden Bereiche der sittlichen Person wurden in zunehmendem Maße nicht mehr als rechtsfrei betrachtet, und das Recht strebte universaler Ausdehnung entgegen.

Sofern man sich zu den hierin beschlossenen Konsequenzen nicht bekennt, liegt die Vermutung nahe, daß mit der Trennung von Recht und Sittlichkeit ein willkürlicher Schritt vollzogen worden war, dessen Voraussetzungen in irgendeinem Punkt nicht ganz stichhaltig waren.

Eine Korrektur der Folgen kann aber nur über eine Korrektur der Voraussetzungen erreicht werden und muß in Anbetracht der geschilderten Entwicklung mit einer Neubesinnung auf das Wesen des Menschen beginnen.

Als KANT die sittliche von der juridischen Gesetzgebung trennte[38], tat er das in konsequenter Durchführung seiner Erkenntnisse über das Wesen der menschlichen Erkenntnisfähigkeit und der damit verbundenen Erklärung des Menschen zu einem autonomen Wesen. Aus dem Autonomieprinzip ergaben sich nun weniger für die Ethik, als vielmehr für den Rechtscharakter weitreichende Folgen. Es ging dabei um die in der Folge unterschiedliche Stellung des Willens zum ethisch, bzw. rechtlich Gebotenen, d.h. andererseits um die Art der ethischen bzw. rechtlichen Verpflichtung. Während das ethische

---

(38) Metaphysik, S. 21, "Diejenige (Triebfeder), welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist e t h i s c h . Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetz mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die Pflicht selbst zuläßt, ist j u r i d i s c h ." (Sperrungen vom Verfasser)

Ziel um seines ihm selbst innewohnenden Wertes (Moralität) willen erfüllt werden kann, büßt das Recht seine objektive Verpflichtungskraft ein und wird in der Art und Weise der Erfüllung auf das Faktum der Legalität beschränkt. Gleichzeitig wird dem Menschen die Fähigkeit abgesprochen, eine Rechtspflicht um eines ihr selbst innewohnenden Wertes willen erfüllen zu können.

Der Mensch in seiner Eigenschaft als ens sociale verfällt der Herrschaft des Rechts, denn er sieht sich in seiner "Freiheit zu verantwortlicher Selbstbestimmung" durch die Freiheit anderer beeinträchtigt. In der "ungeselligen Geselligkeit" bedarf der Mensch eines Herren, und "so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, (dem Gebrauch der Freiheit), als V e r h i n d e r u n g eines H i n d e r n i s s e s der F r e i h e i t mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d.i. recht;"(39).

Der gleichzeitig mit der Einführung des Zwanges vollzogene Verzicht auf die Selbstbestimmung, auf das Prinzip des freien Willens im Recht, bedeutet zugleich den Verzicht auf die Personhaftigkeit des Menschen im Recht(40) und ihre Verweisung in die Moral. Wird unter Personhaftigkeit mit KANT die Möglichkeit des Menschen zu freier Selbstbestimmung verstanden, so handelt es sich doch bei dem damit gemeinten Freiheitsbegriff(41) um ein abstraktes K ö n n e n , um die

---

(39) KANT, Metaphysik, S. 36.

(40) Denn den Menschen als Person ansprechen heißt ja, ihn auf die Möglichkeit seines ganzen Menschseins, seines frei bestimmenden sittlichen Willens ansprechen. Entweder ist die Personhaftigkeit die Voraussetzung, auf Grund derer man vom Menschen als sittlicher Person -- und zwar auch im Recht -- sprechen kann, oder der Mensch ist eben keine autonome Person.

(41) "Zu innerer Freiheit aber werden zwei Stücke erfordert: Seiner selbst in einem gegebenen Falle Meister und über sich selbst Herr zu sein."
Metaphysik, S. 251.

Freiheit -- um mit NIETZSCHE zu sprechen --[42] z u etwas, d.h. um die Wahl zwischen Bindung an etwas oder Distanzierung von etwas. HARTMANN spricht in diesem Fall von der Möglichkeit eines Plus oder Minus an Determination[43].

Wird aber die Möglichkeit freier Selbstbestimmung aus dem Recht verbannt, so kann es sich bei der rechtlichen Freiheit hingegen nur noch um ein konkretes D ü r f e n , um eine Freiheit v o n etwas (im Sinne NIETZSCHEs), nämlich von einer "Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit" handeln. "Dasjenige, dessen Freiheit hier sichergestellt wird, ist weder der Wille, noch eine hinter ihm stehende Entscheidungsinstanz in der Person, sondern ihre äußere Aktivität, ihre Lebensbreite."[44]

Es geht allein um die Grenzen des rechtlich Erlaubten, um die Handlungsfreiheit, um die Gewährung eines Spielraumes. Dabei wird völlig ignoriert, daß ein Sinnzusammenhang zwischen Können und Dürfen, zwischen Lebensbreite und sittlicher Entscheidung besteht, und zwar dergestalt, daß die Garantie einer "Lebensbreite", einer Sphäre des Erlaubten, die freie Willensentscheidung erst ermöglicht. Willensentscheidung und deren Realisierung sind zwar zweierlei; aber die Unmöglichkeit ihrer Realisierung kann doch auf die Willensentscheidung zurückwirken, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß sie frei vollzogen werden kann.

---

(42) NIETZSCHE, Also sprach Zarathustra, S. 92. "Frei wovon? Was schiert das Zarathustra? Hell aber soll dein Auge künden: frei wozu?"
(43) HARTMANN, Ethik, S. 649.
(44) HARTMANN, a.a.O., S. 638;
zum Problem Können und Dürfen: S. 639 ff. Die rechtliche Freiheit wird als Freiheit der Willensverwirklichung bezeichnet.

Es ist ersichtlich, daß die rechtliche Freiheit den Boden bereitet, auf dem sittliche Willensentscheidungen zur Ausführung gelangen können. Die rechtliche Handlungsfreiheit ist auch als Möglichkeitsvoraussetzung der sittlichen Entscheidungsfreiheit zu verstehen. "In Wahrheit liefern eben diese Gegebenheiten dem Willen doch überhaupt erst seine positiven, konkreten Richtungsmöglichkeiten"(45). Diese engen Zusammenhängen zwischen rechtlicher und sittlicher Freiheit der Willensentscheidung sind durch die KANTische Systematik völlig überdeckt worden(46). Die konsequente Aufrechterhaltung des Autonomiebegriffs auch im Recht war nur auf Kosten der Substanz des Personbegriffs möglich und hatte die Trennung von Recht und Sittlichkeit sowie die Zerreissung des Zusammenhangs zwischen rechtlicher und sittlicher Freiheit der Willensentscheidung, bzw. rechtlicher und sittlicher Verpflichtungsweise zur Folge. Es blieb ungeklärt, daß es im Recht um eine Art von Freiheit geht, die die Determination nicht ausschließt, sondern in gewisser Weise erst ermöglicht, und daß auch das Recht eine Möglichkeit hat,

---

(45) HARTMANN, a.a.O., S. 641.

(46) HARTMANN, a.a.O., S. 651.
"Es ist nun heute kein Geheimnis mehr, daß die philosophische Systematik KANTs der Größe seiner Probleme von Anfang an nicht angemessen war." -- Wer vom "transzendentalen Idealismus" aus das Werk KANTs ausschöpfen will, gerät schon bei den ersten Schritten in Widersprüche. Es ist das Große an KANT, daß die Konsequenz der Probleme in ihm ungleich stärker ist als die Konsequenz des Systems. Das gilt auch für das Freiheitsproblem. Und in diesem Sinne ist es nicht nur sehr wohl möglich, den Sinn der Lösung seiner dritten Antinomie aus den Fesseln des idealistischen Systems herauszulösen, sondern es ist auch notwendig -- wenigstens, wenn man ihre philosophische, überzeitliche und übergeschichtliche Bedeutung verstehen will.
Ähnlich WINDELBAND-HEIMSOETH, Lehrbuch, S. 593, "Bild und Einwirkung von KANT selbst verschieben sich ins Metaphysische."

auf den Menschen als sittliche Person Einfluß zu nehmen, da man sich ja normalerweise nicht zu einer undurchführbaren Tat entschließen wird. "Der Entschluß wird vielmehr bloß auf eine Chance hin gefaßt."(47)

2. KOORDINATION VON RECHT UND SITTLICHKEIT ÜBER DAS VERPFLICHTENDE SOLLEN

A. Theoretische Interdependenz von Recht und Sittlichkeit - Polarität

Der Mensch, an den sich das Recht wendet, muß also dieselbe sittliche Person sein, an die sich die Ethik wendet, und es tut weder seiner Personhaftigkeit Abbruch noch schließt es die Möglichkeit zur Determination aus, wenn er um seiner Sozialität willen wegen einer "Fehl"determination, als gleichzeitiger Eingriff in eine fremde Sphäre, zur Rechenschaft gezogen wird, bzw. seine Handlungs- (nicht Entscheidungs-) freiheit hier eingegrenzt wird. Seine rechtliche Freiheit von etwas ist nicht als Verfallsform und Beschränkung der Freiheit als sittliche Person zu deuten, sondern als Möglichkeitsvoraussetzung der letzteren anzusehen(48).

---

(47) Vgl. HARTMANN, a.a.O., S. 640 -- "Der Entschluß kann gar nicht unabhängig sein von Situation und realer Möglichkeit." -- "Er soll vielmehr gerade den realen Möglichkeiten Rechnung tragen, soll sie durchschauen, soweit er irgend kann. Der Wille soll vorsehend sein..." S. 641.

(48) Würde hier ein Eingriff in die Personhaftigkeit überhaupt möglich sein, so läge darin auch der Beweis dafür, daß sie nur Bestandteil des empirischen Seins und nicht absolut ist. -- Zur Möglichkeit von Freiheit vgl. Arthur KAUFMANN, JZ, 67, S. 560.

Auf diese Weise wird auch der Zusammenhang zwischen Recht und Sittlichkeit, zwischen rechtlicher und sittlicher Verpflichtungsweise wieder deutlich.

Es ist also keineswegs gerechtfertigt, zu folgern, daß sich das Recht mit legaler Befolgung begnügen müsse und seine Verpflichtungsweise nur durch Zwang erreichen könne. Auch das Recht kann sittlich verpflichten und kann um seines ihm innewohnenden Wertes willen erfüllt werden.

Nicht zuletzt deutet ja auch der Gedanke der "Solidarität" schon auf diese Zusammenhänge hin(49). Denn auch im Recht wird der Mensch schon allein deshalb in seinem Personsein angesprochen, weil ja das Individuum nur im "Mitsein" mit anderen zur Selbstverwirklichung gelangen kann, wobei auch das Wahren von Rechten anderer zur moralischen Pflicht wird. Das Recht spricht den Menschen in seiner Personhaftigkeit an, es wendet sich an ihn in seiner Eigenschaft als frei seinen sittlichen Willen bestimmendes Wesen, in derselben Eigenschaft, die auch die Grundlage der sittlichen Selbstbestimmung ist.

Um den gemeinsamen Ursprung von Recht und Sittlichkeit zu konkretisieren, muß nun aber gegenüber dem KANTischen Personbegriff dahingehend eine Modifikation vorgenommen werden, als es sich jetzt nicht mehr um die Annahme eines autonomen Subjekts des moralischen Gesetzes handeln kann. Denn: "Eine autonome Ethik im Sinne KANTs, ob mit oder ohne kategorischen Imperativ, ist und bleibt allemal eine subjektivistische Ethik!"(50)

(49) Vgl. Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 16.
(50) Dazu, Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 122.
"Damit wird eines deutlich, und es muß ausgesprochen werden, auch auf die Gefahr hin, der Ketzerei angeschuldigt zu werden: D e r M e n s c h i s t k e i n e s i t t l i c h a u t o n o m e P e r s o n ! Es ist ganz schlicht und einfach nicht wahr, daß der Mensch -- auch nicht als homo noumenon -- das "Subjekt des moralischen Gesetzes" und sein Wille "als selbstgesetzgebend" der "Urheber" desselben ist. Was hier

Und die Erklärung des Menschen zum Subjekt des Sittengesetzes, dessen objektiv gültige Inhalte seine praktische Vernunft aus sich selbst heraus schafft, ist nach einhelliger Meinung eine petitio principii, die KANT in konsequenter Weiterführung seiner Widerlegung der rationalen Metaphysik und der Reduktion der Personhaftigkeit auf das endliche empirische Sein beging. Denn: "Die richtig verstandene Autonomie, die nur eine relative Autonomie innerhalb der Heteronomie sein kann, setzt allererst die objektive Gültigkeit sittlicher Inhalte voraus, die eben darum nicht aus der Autonomie selbst begründet werden kann."(51)
Aber wie verhält es sich nun mit der Möglichkeit einer Korrelation zwischen der hier behaupteten ansichseienden, objektiv verpflichtenden sittlichen Materie und ihrer Faßbarkeit durch ein mit einer am realen Sein orientierten Erkenntnisfähigkeit ausgestattetes Subjekt der Erkenntnis?
Dieses Subjekt der Erkenntnis, bzw. die dazugehörige Instanz der Person, müßte mit anderen als den von KANT behaupteten Fähigkeiten ausgestattet sein, um in eine Beziehung zu einem ansichseienden Wesen der Dinge treten zu können. Die Entscheidung über die Möglichkeit einer solchen Beziehung -- die in jedem Fall den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet --, d.h. über die Möglichkeit der Erkenntnis des Gesollten (Gerechtigkeitsinhalt) ist auch unter verändertem Aspekt untrennbar verbunden mit der Frage nach dem Inhalt des Rechts, seinen Grenzen und der Eröffnung eines rechtsfreien Raumes(52).

---

verkannt wird, ist nicht mehr und nicht weniger als die g e s c h ö p f l i c h e N a t u r d e s M e n s c h e n." (Sperrungen vom Verfasser); Ferner S. 126.

(51) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 126.

(52) Je nachdem, ob die Möglichkeit dieser Beziehung bejaht oder verneint wird, ergibt sich für den Verlauf der Rechtsgrenzen Universalität oder kontrollierbare Restriktion und die Möglichkeit eines rechtsfreien Raumes.

In der Philosophie unserer Tage, genauer, in den Bereichen von Metaphysik und Ethik, zeichnet sich in der Nachfolge von HARTMANN und SCHELER und nicht zuletzt auch unter dem Eindruck von HEIDEGGERs "Fundamentalontologie" ein Wandel der Anschauungen dahingehend ab, daß unter dem Anstoß der Entwicklung in der Erkenntnistheorie auch die Stellung und Betrachtung des Subjekts der Erkenntnis eine Modifikation erfährt(53). Voraussetzung für die Möglichkeit der Erkenntnis gerechten Handelns ist jetzt ein Verständnis vom Menschen und seiner Fähigkeit des Erkennens, das ihn auf einen materialen Wert hingerichtet sieht. Personhaftigkeit ist nun nicht mehr ausschließlich reduziert auf das endliche empirische Sein, sondern sie erhält einen transzendenten Bezug(54). Ausgehend von der Einsicht, daß die Inhalte des Gebotenen weder aus einem objektiv vorhandenen "Reich sittlicher Werte" deduktiv gewonnen werden können noch dem Subjekt der Erkenntnis apriorisch gegeben und ableitbar sind, stellt man den Menschen gewissermaßen in eine Subjekt-Objekt-Beziehung und betrachtet seine Personhaftigkeit als eine Art Polarität, d.h. daß die Inhalte des Sittlichen und damit auch des Rechtlichen dem Menschen zugleich mit

---

(53) WINDELBAND-HEIMSOETH, Lehrbuch, S. 593. "Metaphysik der Erkenntnis selbst wird zu einer neuen Aufgabe; sie treibt von der bloßen Bewußtseinssystematik zur Ontologie. Erkenntnis wird, über die transzendentale Innenreflexion hinaus, neu gefaßt als ein Seinsverhältnis realer Lebensträger und -subjekte zu den begegnenden Beständen und Prozessen in der umgreifenden Welt."

(54) Vgl. BLÜHER, Achse, S. 207: "Ich bestehe als Person aus vernehmender Vernunft, und diese gebietet mir in der Form des kategorischen Imperativs, was getan werden soll -- aber erst, nachdem sie selber empfangen hat."

seinem Personsein gegeben sind[55].

In diesem Sinne muß aber auch Personsein als polares Gegenübersein verstanden werden. Die Inhalte des Gebotenen sind dem Menschen sozusagen als Möglichkeiten seiner Selbstvervollkommnung gegeben. Er ist auf sie hin angelegt. Er befindet sich -- wie Arthur KAUFMANN sagt -- im Spannungsfeld der "Differenz von Dasein und Wesen"[56]. Und die

---

(55) Dazu Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 122: "Zufolge der inneren Analogie des Seins, des Seinszusammenhangs, tritt die Ordnung des Seins dem Menschen nicht als eine artfremde gegenüber, vielmehr decken sich ihre Forderungen mit den Gesetzen der menschlichen Natur, so daß der sittliche Wille sie sich im Gewissen zu eigen machen kann. Daher vermag auch die Heteronomie ein echtes Sollen, also eine Pflicht und nicht nur ein erzwungenes Müssen zu begründen." -- Zuvor wurde nach eingehender Beschäftigung mit KANT ausgeführt: "Der Mensch ist keine sittlich autonome Person." -- "Der Mensch ist Geschöpf und nicht Schöpfer, und dieser ontologische Unterschied fordert die Heteronomie: Die Freiheit des Menschen ist moralisch an die von einem Schöpfer -- also nicht von ihm! -- gegebene Ordnung des Seins gebunden. Wer einwendet, daß diese These von theologischen Voraussetzungen ausgehe, sollte nicht verkennen, daß die Lehre von der Autonomie des Menschen wahrlich nicht weniger eine Theologie ist." S. 122. Diese Gedankengänge finden Ergänzung durch C.F. v. WEIZSÄCKER, Weltbild, S. 98 f. und S. 115.

(56) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 102. Das Seinsverständnis, von dem hier die Rede ist, kennt sowohl Wirklichkeit als auch Wert, d.h., daß die Dinge neben dem "stofflichen Einzeldasein" noch ein "begriffliches Allgemeindasein" besitzen, und daß diese Seinsweisen nicht voneinander getrennt sind, sondern eine gesetzmäßige Beziehung zwischen ihnen besteht, deren Träger das erkennende Subjekt ist. Vgl. dazu auch Nicolai HARTMANN, Ethik, S. 149. Zwischen Essenz und Existenz besteht zwar die sog. "ontologische Differenz" -- also liegt weder eine distinctio realis noch eine distinctio rationis vor --, aber in der konkreten Situation begegnen sich beide, "konkret und real" sind Wesenheit und Dasein ein und dasselbe. Dazu Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 94. Ebenso: Recht als Maß, S. 32: "Die Realität der wirklichen Dinge hat also eine dipolare Struktur, sie besteht in der Bezogenheit von Essenz und Existenz, von Wesen und Dasein. Das Wesen ist nur als Existenz, und die Existenz ist nur als Wesen." -- So "hat auch die Realität des Rechts eine dipolare Struktur, sie besteht in dem dialektischen Verhältnis von Rechtswesenheit und Rechtsexistenz." a.a.O., S. 33.

Inhalte sind aus der Sicht des Subjekts nicht etwa statische Wesenheiten oder fixe Werte, sondern sie konkretisieren sich erst in der personhaften, geschichtlichen Begegnung. "Das Ich-hafte des Menschen steht in ständiger Auseinandersetzung mit dem Es-haften, in dieser Spannung vollzieht sich das menschliche Leben."(57) Weiter formuliert KAUFMANN: "Der Selbstbesitz ist dem Menschen, da er ein endliches Wesen ist, nie ein für allemal gegeben, er ist nicht etwas Statisches, sondern etwas ganz und gar Dynamisches, er ist ein Geschehen, eine Leistung, ein Prozeß."(58) Die Selbstverwirklichung der Person besteht also im Anknüpfen und Vollziehen einer Beziehung, in der Hinordnung auf absolute Werte und absolutes Sein(59). Das so verstandene

---

(57) Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 117.
(58) Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 117.
(59) Trotz der Subjektivität und Relativität der Erkenntnis- bzw. Wertungsakte kann doch von der Annahme eines absoluten Seins ausgegangen werden. Dazu sagt N.HARTMANN, Ethik, S. 147 und 150: "Die Werte sind von dieser Relativität nicht betroffen. Sie sind absolut. Die Relationsstruktur ist nichts als die Voraussetzung ihres Auftretens, ihre kategoriale (nicht axiologische) Vorbedingung." -- "Der Wert bleibt so unberührt durch die Wertschau, wie nur je ein Erkenntnisgegenstand durch das Erkenntwerden." Allerdings, so wird eingeschränkt, sind metaphysische Gegenstände, d.h. auch das ideale Ansichsein der Werte "im strengen Sinne weder beweisbar noch widerlegbar." S. 713. Es müsse hier vielmehr eine menschliche Entscheidung getroffen werden, da "keine Philosophie metaphysische Probleme lösen" könne! -- Zur Unterstützung der These von der objektiven Existenz der Werte werden auch oft das Phänomen des "Wertfühlens" und die Übereinstimmung von Werturteilen angeführt. So erkennt SCHELER im Gegensatz zu KANT, daß alle Erkenntnis auch im Emotionalen gründet und Werte im Akt des "Wertfühlens" zugänglich werden. Die "Relativität und Absolutheit der Werte ist auch im Fühlen unmittelbar gegeben." SCHELER, Wertethik, S. 119. -- Auch für N. HARTMANN sind die Werte einem sog. Wertfühlen zugänglich. Er sagt, "daß es ein an sich bestehendes Reich der Werte gibt", das "ebenso jenseits der Wirklichkeit, wie jenseits des Bewußtseins besteht, - eine nicht kon-

"polare Sein" kann nicht mehr "unter dem Zwang des Müssens", aber doch "unter der Herrschaft des Sollens" stehen(60).

Für unsere Problematik heißt das, daß der Mensch unter der jeweils gleichbleibenden Voraussetzung seines Personseins sowohl in der Sittlichkeit als auch im Recht aus pflichtgemäßer, das Gewissen bindender Gesinnung der Sollensforderung nachkommen kann. Was für die Ethik gilt, trifft ebenso für den Bereich des Rechts zu, denn "der Seinsweise des Menschen entspricht die Seinsweise der Dinge, die im Menschsein begründet sind, die es nur gibt, weil es den Menschen gibt"(61). Auch das Recht vermag innerlich, sittlich zu verpflichten, weil das rechtliche Sollen ein Teil des sittlichen Sollens ist. Umgekehrt resultiert aus der nachgewiesenen "Objektivität des Sittengesetzes" erst der "Begriff der Pflicht". -- "Pflichten, die das Gewissen binden, kann es nur als sittliche Pflichten geben, nur sie erzeugen ein inneres Sollen und nicht lediglich ein erzwungenes Müssen." -- Das bedeutet, daß es rechtliche Pflichten nur als sittliche Pflichten

---

struierte, erdichtete oder erträumte, sondern tatsächlich bestehende und im Phänomen des W e r t g e f ü h l s greifbar werdende ideale Sphäre...". Der Gedanke des Ansichseins "wurzelt in der Tatsache, daß es so wenig möglich ist, ein Wertgefühl willkürlich hervorzurufen wie eine mathematische Einsicht zu konstruieren. In beiden Fällen ist es ein objektiv geschautes Seiendes, daß sich darbietet,...". -- "Man kann als wertvoll nur empfinden, was an sich wertvoll ist." Ethik, S. 156.

(60) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 118; vgl. auch Recht und Sittlichkeit, S. 27.

(61) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 102. Hier gründet überdies auch die Geschichtlichkeit des Rechts und seine "dynamische Natur", d.h. daß es sich ebenfalls in der Spannung zwischen Wesen und Existenz, zwischen Naturrechtlichkeit und Positivität befindet und aus dieser Polarität heraus jeweils neu aktuiert werden muß. Vgl. Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 103 ff. und S. 41 ff.

geben kann, und diese Tatsache gewinnt später Bedeutung für die Grenzen des Rechts und die Eröffnung eines rechtsfreien Raumes(62).

Hier schließt sich der bereits angedeutete Kreis auch insofern, als der Zwangsandrohung im Recht kein Ausschließlichkeitscharakter mehr zukommt und das Gerechtigkeitsdenken wieder die Oberhand gewinnen kann. Die Geltung des Rechts kann nun "in seinem sittlichen Wert, auf den es hingeordnet ist, in der Gerechtigkeit", verankert werden(63).

In der Erkenntnis, daß auch das Recht in der Personhaftigkeit des Menschen angelegt ist, und unter der Voraussetzung, daß unter Personhaftigkeit des Menschen die Bestimmung zur sittlichen Selbstvervollkommnung und daraus folgend seine Hinordnung auf das ideale, vollkommene Sein verstanden wird, ist ein transzendentaler Sollensmaßstab, ein Orientierungspol für den sittlichen Wert der Gerechtigkeit als Rechtsinhalt zu gewinnen. Da aber die Personhaftigkeit als Bestandteil des endlichen Seins und in ihrer Qualität als dynamisches, sich im Objektbezug vollziehendes Sein, keinen absoluten, unverrückbaren Wert darstellt, sind auch die Inhalte der Gerechtigkeit, bzw. des rechtlichen Sollens ebenso wie ihr Gegenstück, die Inhalte des sittlichen Sollens, keine konstanten Werte, sondern bestenfalls Richtpunkte, die ständig neu in der Polarität und in geschichtlicher Begegnung Gestalt gewinnen(64).
Mit dem geschilderten Personbegriff, der die Möglichkeit von Transzendenz enthält, ist ein neuer Pol gefunden, an

---

(62) Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 128.
(63) Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 28.
(64) Vgl. Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 90 ff. und S. 99 ff.

dem die Rechtstheorie orientiert werden kann. Zugleich mit dem Personbegriff ist als Korrelat das im sittlichen Wert der Gerechtigkeit enthaltene verpflichtende Sollen für das Recht wieder verfügbar geworden. Und auf der anderen Seite läßt sich die Reichweite des Rechts innerhalb des Bereichs der Sittlichkeit als eine weitere Grundvoraussetzung für die Existenz des rechtsfreien Raumes fixieren.

B. Praktische Interdependenz - Abgrenzung von Recht und Sittlichkeit

Aus der Perspektive des Rechts handelt es sich nun zunächst darum, die Grenzen aufzufinden und zu markieren, innerhalb derer der Mensch in seiner "empirischen Bedingtheit" und in seiner Unbedingtheit als Person noch bzw. nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden kann. -- Aus der Perspektive der Person stellt sich die Frage nach dem Ausmaß des Einflußbereichs des Rechts und dem Beginn eines rechtsfreien Raumes.

Diese Grenzen ergeben sich aus der nachgewiesenen Interdependenz von Recht und Sittlichkeit. Ein Vergleich von Recht und Sittlichkeit muß vor allem der Vielschichtigkeit oder "Mehrdimensionalität" -- im Sinne WELZELs -- dieser Begriffe Rechnung tragen. WELZEL betont, daß Recht und Sittlichkeit sowohl je eine subjektive als auch je eine objektive Seite haben[65].

---

(65) Vgl. WELZEL, Gesinnungsmoment, S. 291 ff. und REINER, Gesinnungs- und Erfolgsethik, a.a.O., S. 520 ff.

Die objektive Seite der Sittlichkeit sei die E t h i k , die subjektive Seite die M o r a l i t ä t . Ethik gliedere sich weiterhin in Individualethik und Sozialethik; der sittliche Akt in Gewissens- und Gesinnungsseite. Für die Sittlichkeit resümiert er wie folgt: "Im echten Sinne sittlich vollkommen ist eine Handlung nur dann, wenn sie ein ethisch (objektiv) gerechtfertigtes Ziel in moralisch (subjektiv) einwandfreier Weise (gewissenhaft und gesinnungsrein) erfüllt."

Die objektive Seite des Rechts sei die materiale H a n d l u n g s s t r u k t u r , seine subjektive Seite die Legalität. L e g a l i t ä t könne in freier Selbstbindung oder aus wertfremden Antrieben eingehalten werden.

a. Die objektive Seite von Recht und Sittlichkeit

Das bedeutet, daß auf der o b j e k t i v e n Seite Recht und Sittlichkeit am engsten zusammentreffen. Die Rechtsordnung ist sittliche Ordnung in dem Sinne, daß sie einen Ausschnitt aus der Sozialethik darstellt(66). Und zwar hat es das Recht nur mit einem einzigen sittlichen Wert, mit der Gerechtigkeit zu tun. Nicolai HARTMANN betrachtet sie als "Mittelwert" für jene Güterwerte wie Leben, Eigentum, Familie und charakterisiert sie als "elementarsten Tugendwert"(67). Auf dieser Grundlage kommt dem Recht natürlich auch beträchtliche ethosstützende Kraft zu, jedoch hat es nur dort einen Ansatzpunkt, wo Rechtsgüter in Gefahr sind.

---

(66) Rückblickend kann nun gesagt werden, daß das Recht die Individualethik ermöglicht und andererseits auch in gewissem Sinne auf letztere Einfluß nehmen kann.

(67) HARTMANN, Ethik, S. 421 f.

Seine ethosstützende Funktion kann sich aber lediglich im Bereich der sozial-ethischen Grundforderungen bewegen und gewissermaßen im Rahmen der Sicherung (Rechtsgüterschutz) eines Grundbestandes an öffentlicher Moral gehandhabt werden. Das bedeutet, daß sich das Recht mit dem Anspruch der sogenannten einfachen Sittlichkeit begnügen müsse. Die nicht mehr zum Bereich des Sozialen gehörende individual-ethische Sphäre muß für das Recht indifferent bleiben. Hier gelten die Gesetze der Moralität, die weder vom Verbot noch von der Erlaubniskraft des Rechts tangiert werden können. Georg JELLINEK prägte für diesen Bereich die berühmte Formel vom "e t h i s c h e n M i n i m u m"; von anderer Seite wird in diesem Zusammenhang von der "fragmentarischen Natur des Rechts" gesprochen. Ebenso deutlich hat Nicolai HARTMANN diese Zusammenhänge gesehen und angesprochen: "das Seinsollen in ihr" (Gerechtigkeit) sei nicht "ein Maximum, sondern ganz offenkundig nur ein Minimum an sittlicher Anforderung". Er fährt fort: "Ihre Forderung an das Verhalten des Menschen ist zunächst sogar eine rein negative; nicht Unrecht tun". Allerdings gesteht er auch zu: "Also die Gerechtigkeit schafft den Spielraum für die höheren Werte in der Wirklichkeit. Das differenzierte sittliche Leben kann erst beginnen, wo die roheren Grundbedingungen erfüllt sind. Gerechtigkeit aber ist die auf ihre Erfüllung gerichtete sittliche Tendenz."(68) Diese Beschränkung gilt ganz allgemein für die gesamte Rechtsordnung, ist aber speziell im Strafrecht von ganz besonderer Dringlichkeit, weil gerade hier die Folgen für den einzelnen am fühlbarsten in Erscheinung treten. Hat doch die Behandlung der eingangs geschilderten Fälle -- namentlich der Euthanasie-Fälle -- den umfassenden "Rationalisierungsanspruch" des aktuellen Rechts deutlich zutage treten lassen. Die Reichweite des Rechts wurde

---

(68) HARTMANN, a.a.O., S. 422.

bis hinein in die Regionen einer anspruchsvollen "Hochethik" ausgedehnt. Nur so ist es jedenfalls zu verstehen, wenn Menschen gemäß dem Spruch des Rechts für eine Schuld einstehen müssen, die ohne ihr Zutun über sie kam und damit auf eine Stufe mit dem Verbrecher gestellt werden, der sich aus freien Stücken für die Schuld entscheidet. Daran ändert auch der Verweis auf den Gnadenweg nichts, er unterstreicht im Gegenteil den übersteigerten Geltungsanspruch des Rechts, der darin gipfelt, selbst die Gnade "auf der Waagschale des Rechts sorgsam nach Loten und Pfunden" zuzumessen(69) oder, um einen Ausdruck IHERINGs zu gebrauchen, sie als "Sicherheitsventil des Rechts" zu benutzen(70). Und doch hätte gerade die Gnade ein Symbol dafür sein können, "daß es in der Welt Werte gibt, die aus tieferen Quellen gespeist werden und zu höheren Höhen aufgipfeln als das Recht"(71).

Aber in einem Zeitalter, in dem Wesen und Aufgabenbereich des Rechts nur allzu häufig im Bereich der Zweckmäßigkeit gesucht werden, mußte auch der transzendentale Charakter der Gnade, wie er in dem folgenden RADBRUCH-Zitat zum Ausdruck kommt, verloren gehen: "Die Rechtseinrichtung der Gnade bedeutet die unverhohlene Anerkennung der Fragwürdigkeit alles Rechts, jener Spannungsverhältnisse innerhalb der Rechtsidee sowohl wie der Konfliktmöglichkeiten zwischen der Rechtsidee und anderen Ideen, wie der ethischen und der religiösen."(72)

---

(69) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 278.
(70) Rudolf v. IHERING, Der Zweck im Recht, S. 333, Sicherheitsventile des Rechts; "In diesem Sinne können wir die Begnadigung definieren als die Korrektur des als unvollkommen erkannten Gesetzes im einzelnen Falle, kurz ausgedrückt als die Selbstkorrektur der Gerechtigkeit."
(71) RADBRUCH, a.a.O., S. 279.
(72) RADBRUCH, a.a.O., S. 276.

Liegt in dem Ausweg über die Gnade -- der schon allein deshalb kein echter Ausweg ist, weil das Moment der Ungewißheit des Ausgangs einkalkuliert werden muß -- nicht das Eingeständnis von Hilflosigkeit und Schwäche? Ist damit nicht die Unfähigkeit, in diesen Fällen auch nur annähernd Gerechtigkeit üben zu können, zugegeben? Bedeutet es denn überhaupt eine Lösung, dem politischen Bereich auf Grund seiner vermeintlichen größeren Manövrierfähigkeit das Wagnis der Entscheidung zuzuschieben?

Der Begriff Gnade in diesem Zusammenhang ist bei genauer Betrachtung auf jeden Fall ein Hinweis auf die Unzulänglichkeit und Unvollkommenheit des Rechts(73). Er straft das mit dem Wissenschaftsideal der Neuzeit in Zusammenhang stehende Dogma von der "logischen Geschlossenheit und Lückenlosigkeit" der positiven Rechtsordnung(74) Lügen(75) und kann gleichzeitig als direkter Hinweis auf rechtsfreie Räume gedeutet werden.

Ganz abgesehen davon, daß das Recht in Bereichen, wo es den Schuldspruch über "Schicksalstäter"(76) fällt und Gnade

---

(73) Andererseits war historisch gesehen gerade die "Flucht" in die Gnade, d.h. die Bereitschaft, sich übergeordneten Mächten auszuliefern, und das damit verbundene Eingeständnis eigener Schwäche, sobald es zu Bewußtsein gelangte, oft ein Ansatzpunkt für eine fruchtbare Suche nach der Wahrheit. So bot die Aporie von "Natur" und "Gnade", die THOMAS gerade noch zum Einklang zu bringen vermochte, für die Denker nachfolgender Jahrhunderte den Ausgangspunkt für die Suche nach einem neuen Wahrheitsideal, bis hin zum endgültigen Bruch und der Erteilung des Primats an die menschliche Vernunft.

(74) BERGBOHM, Jurisprudenz, S. 367 ff.

(75) Nicht umsonst hat z.B. KANT das Begnadigungsrecht bekämpft und in der Gnade "unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste" gesehen. Metaphysik, S. 165.

(76) Als "Schicksalstäter" (Mußtäter) sei im Unterschied zum "Kanntäter" derjenige bezeichnet, für den die Tatsituation keine unrechtsfreie Möglichkeit bietet.

als Wiedergutmachung versteht, Funktionen von eminent ethischem Charakter übernimmt, dringt es mit solchem Vorgehen auch allzuweit in die Sphäre der Persönlichkeit vor und entfernt sich von seinen Grundfunktionen. Und was für den gesamten Rechtsbereich gilt, erlangt ganz besondere Bedeutung für das Strafrecht; denn gerade im Strafrecht darf einzig und allein die Sorge um das Gemeinwohl den Ausschlag geben, die gewissermaßen als Indikator für Schuldspruch und Rechtswidrigkeitsurteil fungieren muß. Nur unter diesem Aspekt kann das Gewissen des einzelnen zum Objekt strafrechtlicher Beurteilung werden(77). Aus dieser Sicht werden auch die Grenzen erkennbar, die dem Recht vor der Persönlichkeit Halt gebieten. Eine Bewertung des Charakters kann und darf nur nach Maßgabe der konkreten Tat erfolgen. Der Gedanke der globalen Persönlichkeitsbeurteilung, im Sinne des Vorwurfs einer fehlerhaften Charaktergestaltung, ist im Strafrecht nicht diskutabel(78). Dieser Behauptung steht auch das aus den vorausgegangenen Betrachtungen abzuleitende Ergebnis nicht entgegen, daß alle rechtliche Beurteilung zugleich auch sittliche Beurteilung ist, weil die sittliche Beurteilung im Recht nur über die Tat vorgenommen werden kann und darf.

---

(77) Gedanke der "Restriktion des Strafrechts auf das eindeutig Kriminelle"; vgl. Arthur KAUFMANN, Aspekte des Schuldgedankens, S. 559.

(78) Um nur eines der Probleme aufzugreifen, die sich mit der charakterologischen Tätererfassung dem Strafrecht stellen würden: Wie sollte es dem Richter je möglich sein, auch nur ungefähre Kenntnis "der absolut intimen Personsphäre" (SCHELER, Wertethik, S. 572) des Täters mit allen Peripetien und Imponderabilien zu erwerben, selbst wenn er Psychologe, Theologe, Soziologe und Jurist in einer Person sein könnte? Siehe dazu Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 190 ff. Besonders zum Gedanken der Differenz von "schicksalhaft empfangenem" und "schuldhaft erworbenem" Charakter siehe Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 190 ff.

Als eine der Gerechtigkeit und Humanität verpflichtete Institution kann das Strafrecht primär nur Tatstrafrecht und erst sekundär Täterstrafrecht sein[79].

Aus dem sozialen Aspekt des Strafrechts ergibt sich ferner die Möglichkeit bzw. die Notwendigkeit, in Anbetracht der Variabilität der Durchschnittsmoral im Wandel der Zeiten die Grenzen des Rechts neu zu bestimmen. Der schon erwähnte nicht statische Charakter des Rechts[80], verstanden als Polarität von Essenz und Existenz, macht ja im historischen Wandel die Konkretisierung des Rechtswesens in der Zeit

---

(79) Der damit zum Ausdruck gebrachte Gedanke, daß die Persönlichkeitsbeurteilung ihre Grenzen an der Tat findet, ist als Vollzug einer zuerst in der Philosophie hervorgetretenen Wendung zu verstehen und zu rechtfertigen.
Die KANTische Ethik, die das Sittliche nur der Form nach bestimmte, verzichtete hiermit auf die Beurteilung des Erfolges und wurde damit zur reinen Gesinnungsethik. Hierin ist unter anderem auch die Trennung von Recht und Sittlichkeit begründet; der Erfolg bleibt nunmehr ausschließlich dem Recht vorbehalten. Max SCHELER ist es zu danken, daß der Erfolg wieder Eingang in die Sittlichkeit fand. Seine bekannte Formulierung "der sittliche Wert erscheint auf dem Rücken des Aktes" (SCHELER, Wertethik, S. 129) ist symbolisch für diese Wendung zur Erfolgsethik. Ermöglicht wurde sie durch die Annahme eines materialen (Wert) - Apriori. Die Konsequenz dieser Wendung ging auf Kosten einer ungenauen Unterscheidung von Legalität und Moralität. -- Vgl. zum Gedankengang: REINER, Gesinnungsethik und Erfolgsethik.
In neuester Zeit hat sich eine communis opinio dahingehend gebildet, daß zur Gesinnungsethik unter Berücksichtigung des Erfolges tendiert wird. (Vgl. auch REINER, Gesinnungsethik und Erfolgsethik.) Für das Recht werden dann die Beziehungsglieder ausgewechselt; der Erfolg wird primär unter sekundärer Berücksichtigung der Gesinnung betrachtet. Vgl. hierzu Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 123 und 150; ähnlich WELZEL, Gesinnungsmoment, S. 295.

(80) Vgl. oben S. 34 der Arbeit.

stets von neuem erforderlich. Auch hier ist die Anknüpfung einer Beziehung und der Entwurf auf die Wesenheit hin vom jeweiligen geschichtlichen Standort aus der Weg zur Lösung im Sinne der Gerechtigkeit. Wenn gegenwärtig um die Anpassung der Rechtsordnung an die Struktur unserer pluralistischen Gesellschaft gerungen wird, so muß der Orientierungspunkt notwendigerweise eben dieses "ethische Minimum" sein. Das bedeutet Zurückhaltung für den Gesetzgeber.

b) Die subjektive Seite von Recht und Sittlichkeit

Für die s u b j e k t i v e Seite, auf der sich Recht als Legalität und Sittlichkeit als Moralität begegnen, werden die wechselseitigen Bezüge durch das Verhältnis des Willens zum ethisch, bzw. rechtlich Gebotenen bestimmt. Die sich in der Realisierung des Willens manifestierende Gesinnung ist nun in der Moral von primärer Bedeutung, während sie im Recht mehr hinter den Akt zurücktritt. Auf Grund dieser Unterschiede war das Gesinnungsmoment schließlich vollends der Ethik vorbehalten worden, von der das Recht -- als eine der Legalität verpflichtete Institution -- getrennt wurde(81).

Auf der subjektiven Seite ergeben sich Parallelen und Überschneidungen hinsichtlich der objektiven Seite, weil ja die Beurteilung der moralischen Determination auf der subjektiven Seite des Rechts (Legalität) über die Sozialethik, die objektive Seite der Sittlichkeit, erfolgt; und umgekehrt, die subjektive Rechtsseite nur über die Sozialethik auf die Moral Einfluß nehmen kann, kurz: weil die Beurteilung der subjektiven Seiten nur über die gemeinsame objektive Seite erfolgt.

---

(81) Vgl. WELZEL, Gesinnungsmoment, S. 290-298.

Dem ist ergänzend hinzuzufügen, daß einerseits das Recht sich nicht gleichgültig gegenüber der Qualität des Willens, bzw. anderer, im Recht zutage tretender Äußerungen der Moral verhalten kann; während auf der Gesinnungsseite auch das äußere Verhalten -- ob nun rechtlich relevant oder nicht -- Beachtung finden muß. Letzteres stellt die Verbindung zu einer im Rahmen der Sozialethik sittenstärkenden Funktion des Rechts her, während ersteres Voraussetzung für die Begründung des rechtlichen Sollens ist. Weder rechtliche noch moralische Gesinnung sind aber dem Zwang zugänglich. Zusammenfassend läßt sich wie folgt formulieren: Im Recht wird der Effekt nur über den Akt, als primäres Element, bewertet; in der Moral der Effekt, als primäres Element, unter Berücksichtigung des Aktes(82).

c) Das Recht als ethisches Minimum

Recht und Sittlichkeit sind also weder identisch noch disparat, sondern i n t e r d e p e n d e n t , und zwar dergestalt, daß sie sich auf der objektiven Seite am engsten berühren und auf der subjektiven Seite am weitesten auseinanderfallen, und daß das Recht das "ethische Minimum" darstellt, welches aber Vorbedingung der potentiellen Entfaltung eines Maximums an Sittlichkeit ist.

Abgesehen davon, daß dem Recht schon in seiner Eigenschaft als Garant elementarer sozial-ethischer Grundforderungen Beschränkung auferlegt ist, kann es sich vor allem auch aus erkenntnistheoretischen Gründen -- die Erkenntnis der vollkommenen Gerechtigkeit ist uns weder apriorisch noch empirisch gegeben -- nicht im Bereich einer differenzierten

---

(82) Vgl. REINER, Gesinnungsethik und Erfolgsethik, S. 532.

"Hochethik" bewegen, für deren Bewertung ihm die Maßstäbe fehlen. Hiermit findet der vielzitierte Satz von der "notwendigen Beschränkung des Rechts auf den Bereich der einfachen, elementaren Sittlichkeit" erneute und nachdrückliche Bestätigung. Weiterhin kann lediglich in diesem Bereich der "Durchschnittsmoral" ein verpflichtendes rechtliches Sollen begründet werden.

Ganz deutlich zeichnet sich hier der "fragmentarische" Charakter des Rechts ab, seine Grenzen(83) treten zutage, sie werden nicht willkürlich gezogen. Das bedeutet, -- um es vorwegzunehmen --, daß sich jenseits der Grenzen des Rechts ein rechtsfreier Raum auftut. Der rechtsfreie Raum, der sich aus dieser Sicht auftut, ist nicht ein von Fall zu Fall durch einen separaten Wertungsakt neu geschaffenes rechtsleeres Vakuum, sondern eine in der Definition des Rechtsbegriffs beschlossene "transrechtliche" Realität. Der am ethischen Minimum orientierte, rechtlich bewertbare Raum ist durch verhältnismäßig fest umrissene, unelastische Grenzen charakterisiert, jenseits derer von rechtlicher Wertung nicht mehr die Rede sein kann. Denn das in diesem Sinne verstandene Recht hat nicht etwa einen Teil der menschlichen Beziehungen nach Durchsicht bzw. Auswahl aus dem gesamten Komplex desselben geregelt, sondern unter Berücksichtigung seiner Aufgabe und seines Zweckes wächst ihm ein bestimmter, keineswegs willkürlich wählbarer, relativ fest umgrenzter Kompetenzbereich von vornherein zu.

Insofern ist auch keineswegs der folgenden Formulierung von RADBRUCH zuzustimmen, auf die sich ablehnende Stellungnahmen zum rechtsfreien Raum zu berufen pflegen: "Es liegt im

---

(83) Von der "fragmentarischen Natur des Rechts" sprechen: Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 29 und Schuldprinzip, S. 200; HOLD von FERNECK, Rechtswidrigkeit, Bd. I, S. 337.

Wesen rechtlicher Ordnung, universal zu sein. Recht kann eine Teilregelung nicht treffen, ohne schon durch die Auswahl des geregelten Teils menschlicher Beziehungen auch zu dem nichtgeregelten Teil ... Stellung zu nehmen."(84) Wenn das Wesensmerkmal des Rechts, das ja im Wesen des Menschen als ens sociale gründet, in seiner Beschränkung auf den sozialen Lebensbereich des Menschen liegt, so handelt es sich dabei um eine im Rechtscharakter a priori begründete Limitation und nicht um eine aposteriorisch -- nach erfolgter Stellungnahme -- festgelegte, bzw. festzulegende Grenze. Das Recht ist nicht universal, und es kann nicht universal sein, wenn es sich der Gerechtigkeit als oberster Forderung beugt, wenn es den Anspruch erhebt, ein verpflichtendes Sollen zu begründen und wenn es, so verstanden -- und unter Berücksichtigung der metaphysischen und erkenntnistheoretischen Voraussetzungen -- lediglich einen Ausschnitt(85) aus der Sozialethik darstellt.

---

(84) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 298.
Vgl. zum fragmentarischen Charakter des Rechts und zur limitierten rechtlichen Beurteilung - rechtsfrei: S. 144 ff.der Arbeit; vgl. zum universalen Charakter des Rechts und zur globalen Bewertung - rechtsleer: S. 144 ff. der Arbeit; vgl. weiterhin zur Bewertung des nichtgeregelten Teils (verboten - unverboten - erlaubt) die Ausführungen zum tertium non datur auf S.136 ff. der Arbeit.

(85) Auf dieser Grundlage würde sich das Recht als Torso darstellen, dem als Menschenwerk Unvollkommenheit und Begrenztheit anhaftet und das keine Patentlösung bereithält; das ist nun aber für den naturwissenschaftsgläubigen Menschen der Neuzeit ein ungewöhnlicher Gedanke. -- So sagt Arthur KAUFMANN in: Gedanken, S. 332. "Es ist freilich typisch für die deutsche Mentalität, daß man sich bei uns mit der Vorstellung einer Sphäre, die rechtlich überhaupt nicht normiert ist, weder positiv noch negativ, nicht befreunden will." Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Problem des tertium non datur auf S. 136 ff.der Arbeit. -- Hier liegen die Gründe dafür, daß man seit langem dem "Gesetz-vor-Recht-Denken", (H. JAHRREIS, Mensch und Staat, S. 123 ff.) huldigt und sich zur Universalität des Rechts bekennt. Im Grunde

3. BESCHAFFENHEIT DER GRENZE

Die auf Grund der Revision des Verständnisses vom Menschen vorgenommene Wiedereinführung des Sollensmoments bzw. der ethischen Verpflichtung in das Recht stellt einen neuen Maßstab für den Gerechtigkeitswert dar. Durch die Möglichkeit der Orientierung an materialen Bezugspunkten, gewinnt der Rechtsbegriff neue Dimensionen. Die rein ontischen und somit manipulierbaren Inhalte von Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit verlieren ihren Ausschließlichkeitscharakter, und die Rechtsgrenzen sind nicht mehr subjektiver Gestaltung, sondern objektiver Orientierung unterworfen. Dabei bietet für die Grundgebote und Alltagsforderungen des Rechts der Maßstabswert der Gerechtigkeit einen konkreten und brauchbaren Anhaltspunkt, der sich dann allerdings umso mehr dem festen Zugriff entzieht, je weiter man sich von den Grundproblemen entfernt und in den Grenzbereich von Recht und Ethik gerät.

---

verdanken wir diesen permanenten Stand der Dinge der Entwicklung, die KANT mit dem Gedanken der Machbarkeit der Welt einleitete, womit er das Wissenschaftsideal der Neuzeit begründete. Deshalb ist die Formel vom ethischen Minimum im allgemeinen noch weit davon entfernt, Anwendung zu finden. Und das, obwohl die naturwissenschaftliche Forschung inzwischen Zusammenhänge aufgedeckt hat, die die rationalistisch-mathematische Durchdringbarkeit der Welt in Frage stellen: Es handelt sich dabei um Erkenntnisse der physikalischen Forschung, genauer der Quantenmechanik, die darauf hindeuten, daß das "exakte" Denken auf die Grenzen des Denkens überhaupt gestoßen ist. Es geht um die Erkenntnis, daß die bisher als Grundvoraussetzung naturwissenschaftlichen Denkens angenommene "Objektivierbarkeit" unserer Erkenntnis sich als Fiktion erwies. Die sich daraus für die Erkenntnistheorie ergebenden Konsequenzen bedeuten eine wesentliche Umorientierung des von Philosophie und Naturwissenschaft seit KANT geschaffenen Weltbildes. Vgl. C.F. v. WEIZSÄCKER, Zum Weltbild, S. 80-81; "Die Antworten, die KANT auf seine Grundfragen gegeben hat, erweisen sich angesichts der modernen Physik weder als richtig noch als falsch, sondern als zweideutig."

In diesen rechtlichen Grenzbereichen tauchen noch einmal die erkenntnistheoretischen Porbleme auf und damit die Frage nach der Verfügbarkeit des materialen Maßstabes. Wenn sowohl der absolute Zweifel einerseits als auch die absolute Gewißheit andererseits denkunmöglich sind, so wird doch allgemein ein Mindestmaß an Erkenntnis der Dinge vorausgesetzt(86) und somit auch die Möglichkeit der Annäherung an die Grenzen des Begriffs 'Recht'(87).

Wo aber die Möglichkeit im strengen Sinne wahrer Erkenntnis in Zweifel gezogen wird, bleibt doch nur die Möglichkeit des Zutrauens zur Evidenz, des Wagnisses der metaphysischen Entscheidung; vorausgesetzt, man scheut die Überantwortung an die totale Skepsis und schließlich die Absurdität.

Als Rechtfertigung dieses Wagnisses bieten sich wiederum die Ergenisse der naturwissenschaftlichen Forschung an, die den Zerfall des autonomen Wissenschaftsbegriffs einleiteten. Schließlich kann auch hier nur noch von einer Annäherung bzw. der Eröffnung eines Teilaspektes im Hinblick auf die Subjekt-Objekt-Beziehung gesprochen werden. Die Gesamtschau des Absoluten ist auch in diesem Bereich versperrt, und seine Anschauungsweisen wechseln mit dem jewei-

---

(86) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 75 f.

(87) Als Nicolai HARTMANN sich gegen die "gewagtere der Hypothesen" -- Ethik, S. 154 --, die universale Skepsis, zugunsten der Alternative des idealen Ansichseins der Werte entschied, tat er das in vollem Bewußtsein der Unmöglichkeit eindeutiger, streng erkenntnistheoretischer Beweisführung. Er stützte sich auf "Indizien" und entschied sich somit für ein "Fürwahrhalten" im Sinne der Evidenz.
N. HARTMANN, a.a.O., S. 714 ff.; vgl. auch S. 723 ff.

ligen Standort[88]. Dennoch ist jeder Teilaspekt, jede Anschauungsweise für sich wahr und gleichzeitig eine Rechtfertigung der Evidenz. D.h., daß wir im Endlichen Teilwahrheiten vorfinden; daß wir im Endlichen das Absolute erfahren können und fähig sind, "Maß zu empfangen". Andererseits versetzt uns das Zutrauen zur Evidenz in eine Beziehung zur Wahrheit, die sich in unserem Bemühen um Erkenntnis allmählich verdichtet[89].

Von hier aus, vom Boden des Vertrauens in ein "Sein, das innerweltlich dem Seienden innewohnt"[90], ist der Standort zu gewinnen, der die Möglichkeit einer zeitgemäßen Grenzziehung zwischen Recht und Moral einerseits und der sachgerechten Ausgestaltung der Gerechtigkeitsidee im Sinne der Gemeinschaft und des Individuums andererseits eröffnet.

---

(88) C.F. v. WEIZSÄCKER, Weltbild, bes. "Das Verhältnis der Quantenmechanik zur Philosophie KANTs", S. 80-117; S. 86: "Vielmehr hängt es von unserer freigewählten experimentellen Anordnung ab, welche der zueinander "komplementären" Seiten der Natur wir zu Gesicht bekommen, ..." -- S. 69: "Ontologisch bedeutet dies, daß der Begriff des Objekts nicht mehr ohne Bezugnahme auf das Subjekt der Erkenntnis verwendet werden kann." -- S. 99: "Empirie ist ohne nichtempirische Elemente nicht möglich." und S. 111: "In diesem spezifischen Sinn erklärt also die Erkenntnis a posteriori nachträglich erst, was in der Erkenntnis a priori schon vorausgesetzt war." Vgl. auch Anm. 110. Der Gedanke der Perspektivität der Erkenntnis bestätigt sich.

(89) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 110; zuvor zum Problem des "Maß-Empfangens", S. 71.

(90) So hält Arthur KAUFMANN die Relativität bzw. Perspektivität der Erkenntnis durch das Konvergenzkriterium, dem im philosophischen Bereich die philosophia perennis zur Seite tritt, in gewissem Umfang für überwindbar; im Sinne einer weitgehenden Annäherung an die Wahrheit. A.a.O., S. 76 ff., bes. S. 81.

Außerdem und vor allem kann auf diesem Grund die Idee des rechtsfreien Raumes Gestalt annehmen und Rechtfertigung finden, während sie mit der Option für die Relativität, d.h. mit der Überantwortung der Bestimmung des Gerechtigkeitsinhalts an eine irdische Macht sogar denkunmöglich würde. Auf der Grundlage eines gemäßigten Erkenntnisoptimismus hingegen werden die groben Umrisse des Rechts unter Berücksichtigung seiner sozialen und ethischen Funktionen deutlich erkennbar, während eine nuanciertere Grenzziehung im Ringen um eine zeit- und sachgerechte Ausgestaltung der Gerechtigkeitsidee erreicht wird.

Jedenfalls kan von diesem erkenntnistheoretischen Standort aus für die oben geschilderten Fälle keine absolute Gewißheit über Rechtswidrigkeit oder Schuld erlangt werden, d.h., daß hier unter Berücksichtigung der Gerechtigkeitsidee der Zweifel an der Kompetenz des Rechts in den rechtsfreien Raum verweist. D.h. ferner, daß der rechtsfreie Raum im Ringen um die Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee feste Gestalt gewinnt, ins Bewußtsein tritt; was wiederum nicht bedeutet, daß er jeweils neu geschaffen wird.

Nicht anders als für Philosophie und Naturwissenschaft gelten die erkenntnistheoretischen Feststellungen und ihre Konsequenzen auch für die Wissenschaft vom Recht. Es gibt keinen Anknüpfungspunkt von absoluter Gewißheit, und es gibt wohl keinen anderen Ausweg aus dem circulus vitiosus des Zweifels als Zutrauen, Geltenlassen und Ringen(91).

(91) In diesem Zusammenhang findet sich auch für das aus dem Widerspruch von geschichtlicher Kontingenz und abstrakter übergeschichtlicher Norm entspringende Problem eine Erklärung. Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 86: "Das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts muß also zwischen Relativität und Absolutheit seinen Standort haben." A.a.O., S. 103 wird gesagt, daß auch die Differenz von Sosein und Dasein des Rechts als lebendige Polarität zu verstehen sei.

Das Recht ist also keine durch unmittelbare Deduktion aus absoluten, überzeitlichen Werten gewonnene und damit zeitlos sanktionierte oder sanktionierbare, unfehlbare Institution. Es wurzelt in der Seinsweise, in der Personalität des Menschen(92). Seine Aufgabe als endliche geschichtliche Institution besteht in der zeitgerechten, ständig neu vollzogenen Konkretisierung der im Endlichen vorhandenen überzeitlichen Gehalte der Gerechtigkeit(93).

---

(92) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 102 f. - KAUFMANN spricht hier von der "ontologischen Differenz von Rechtswesen und Rechtsexistenz". Wobei das "essentielle Element" (das Recht) dem "existentiellen" (Gesetz) vorgeordnet sei. -- S. 99 wird vom "im Prozeß der Aktualisierung werdenden Recht" gesprochen.

(93) Hierzu Arthur KAUFMANN: "Dieser Prozeß der Aktualisierung und Konkretisierung (Positivierung) der Wesensgehalte des Rechts geschieht nicht allein durch den einmaligen Akt der Gesetzgebung, sondern in hervorragendem Maße durch das unablässige Ringen der Rechtsprechung um das richtige In-Entsprechung-Bringen von Norm und konkreter Situation". Es geht um die "sachlich richtige und menschlich gerechte Beurteilung eines konkreten Rechtssachverhalts, verbindlich nur dann, wenn er auch jetzt und hier die Natur der Sache trifft."
Schuldprinzip, S. 103.
Eben weil wir keine endgültige Antwort auf die Frage nach den Inhalten der Gerechtigkeit zu geben imstande sind, bleibt nur die Möglichkeit, uns um den im konkreten Sachverhalt (in der Natur der Sache) enthaltenen Teilaspekt der Wahrheit zu bemühen und induktiv in Richtung auf das Absolute vorzudringen zu versuchen.
Vgl. auch Heinrich DERNBURG, Pandekten, Bd. I, S. 87: "Die Lebenssachverhalte tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache." Freilich darf unter der "den Dingen innewohnenden" Ordnung nicht eine adäquate Inkarnation des Absoluten im Endlichen verstanden werden, sondern es muß dem fragmentarischen Charakter dieser Inkarnation Rechnung getragen werden.

In diesem Sinne sagt z.B. E. BRUNNER -- um einen Vertreter der Religionsphilosophie zu Wort kommen zu lassen -- unter Hinweis hierauf, daß die materiale Wertordnung nur einen relativen Maßstab darstelle: "Jede positive Gerechtigkeitsordnung ist ein Kompromiß zwischen dem wahrhaft Gerechten und dem Möglichen." Und die beste Lösung sei "diejenige Anpassung, die unter den gegebenen Verhältnissen dem Sinn der Gerechtigkeitsforderung am besten entspricht."(94)

Der auf diesem Fundament für die positive Rechtsordnung gewonnene Rückhalt ist nach alledem aber kein absoluter und unverrückbarer. Dennoch ist von hier aus in ständigem Bemühen der Boden für eine weitgehende Annäherung an das Ideal der Gerechtigkeit zu finden. Voraussetzung dafür ist vor allem der auf konstruktivem Seinsvertrauen gegründete Standort, von dem aus eine Stellungnahme zu den Problemen von Sein und Sollen, von Recht und Sittlichkeit und damit zu den Grenzen des Rechts erfolgen kann.

Für die Grenzen des Rechts bedeutet das vor allem, daß seine Aufgabe dort endet, wo es den von der Gerechtigkeit abgesteckten und in seinem Zentralbereich unschwer zu erkennenden Raum der sittlichen Minimalforderung verlassen müßte, um ein Urteil fällen zu können. Die durch das soziale Moment bestimmte erhaltende Tendenz des Rechts findet ja ihren summarischen Ausdruck in rein negativen Forderungen, wie: kein Unrecht tun, keinen Übergriff begehen. In diesem Raum ist der Maßstabswert, den die Gerechtigkeit liefert, zweifelsfrei ein zuverlässiger und sicherer Rückhalt, und hier spielt sich ja auch der Alltag des Rechts ab. Probleme der Grenzziehung ergeben sich erst bei der Einordnung von Handlungen, die ihren äußeren Merkmalen nach in den Bereich des

---

(94) Emil BRUNNER, Gerechtigkeit, S. 120.

Rechts zu gehören scheinen, sich aber bei genauer Betrachtung von den auf Gerechtigkeit gegründeten und in ihr enthaltenen ethischen Bewertungsmöglichkeiten nicht mehr umfassen lassen. An diesem Punkt zeichnen sich im Bemühen um die adäquate Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee die Konturen des Rechts und die Anfänge des rechtsfreien Raumes in aller Deutlichkeit ab.

IV. DER RECHTSFREIE RAUM ALS REGULATIV RECHTLICHER KOMPETENZ

1. DAS SICHERE NEGATIVE REGULATIV

Im Bemühen um die objektive Wahrheit, um das "objektiv richtige Recht" ist die Möglichkeit der Erkenntnis des Unrechts als Minimum enthalten(95). "Es läßt sich viel eher bestimmen, was schlechthin Un-Moral und Un-Recht, als was schlechthin gut und gerecht ist."(96)

Diese Gedanken decken sich rückblickend mit den philosophischen Überlegungen, die gezeigt haben, daß sich der im Gerechtigkeitsbegriff enthaltene Bestand an Transzendenz, an Absolutem und Idealem keineswegs in seiner ganzen Fülle normativ einfangen läßt. Lediglich in einem durch abwägbare zwischenmenschliche Beziehungen charakterisierten rechtlichen Zentralbereich lassen sich die Forderungen der Gerechtigkeit eindeutig konkretisieren und widerspruchsfrei in

---

(95) Vgl. Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 42 und S. 16: "Der präzise Inhalt der sittlichen und rechtlichen Fundamentalprinzipien" kann "nicht sowohl positiv als vielmehr nur negativ festgelegt werden."
(96) Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 16.

eine allgemein anerkannte logische Form auflösen, und zwar dank der Jahrhunderte währenden Arbeit des menschlichen Gewissens. Und in diesem Bereich kann auch von unverbrüchlicher sozialethischer Richtigkeit und Verbindlichkeit gesprochen werden, von einem Grundbestand an allzeit gültigen Sollensforderungen.

Man kann also im Hinblick auf die materiale Gerechtigkeit, auf die wahre Rechtsidee auf jeden Fall von regulativer Bedeutung für das zeitliche Recht sprechen, etwa im Sinne eines negativen Indizes, d.h. eines Hinweises auf die Grenze zwischen eindeutigem Rechtsbereich und nicht irrtumsfrei als Rechtsbereich zu erkennender Sphäre. Der Maßstabswert der Gerechtigkeit ist mithin ein sicheres Kriterium für die Ermittlung des rechtlichen Kompetenzbereichs.

Auf dem Wege zum rechtsfreien Raum muß folglich als erster Schritt die Bestimmung der rechtlichen Kompetenz anhand der formalen, empirischen Kriterien vorgenommen werden. Ergibt sich dann die Unzulänglichkeit derselben für die Rechtsbeurteilung, d.h. ergeben sich Zweifel am Unrechtscharakter der Tat, so eröffnet sich in Ermangelung eines absoluten Gerechtigkeitsmaßstabes die Möglichkeit des rechtsfreien Raumes. Andererseits konkretisiert sich die Idee des rechtsfreien Raumes nur über die zweifelsfreie Feststellbarkeit eines Mangels an rechtlicher Kompetenz (im Sinne eines negativen Regulativs).

"Es gibt Situationen", sagt MAIHOFER, "die so anormal sind, daß kein vernünftiger Mensch hier dem Unwerttun entgehen kann, und doch ist es kein Unrechttun."(97) In seiner personalen Unrechtslehre zieht MAIHOFER die Grenze der Bestimmung zum rechtlichen Sollen am sozialen Können. In diesen

---

(97) Unrechtsvorwurf, S. 154.

Zusammenhang gehören die einer gewissen Tragik nicht entbehrenden, bereits geschilderten Situationen menschlicher Not. Es handelt sich dabei um Sachverhalte, die zwar wegen ihrer äußeren Beschaffenheit (Unwerttun) in den Bereich des Rechts zu fallen scheinen, bei genauer Betrachtung allerdings nicht mehr in den durch das im Gerechtigkeitswert enthaltene Seinsollen abgesteckten Aufgabenbereich desselben gehören, sondern jenseits des Rechtsbereichs liegen.

Wenn man einmal von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Bewertung solcher Situationen absieht, scheinen sie auch in besonderer Weise die Endlichkeit und Unmöglichkeit rationaler Durchdringung des Seins einerseits und eine Verwurzelung "in den letzten Gründen des Seins"(98) andererseits zu offenbaren. Sie können daher gewissermaßen als Gegenbeweis der temporären Verfügbarkeit materialer Wertinhalte geführt werden und rechtfertigen dennoch gleichzeitig den zuvor bezogenen Vertrauensstandpunkt.

2. DER RECHTSFREIE RAUM ALS REGULATIV BEI SCHEINBARER RECHTLICHER RELEVANZ

Zur vollen Entfaltung gelangt die Idee des rechtsfreien Raumes erst dann, wenn es sich um die Beurteilung von Sachverhalten scheinbarer rechtlicher Relevanz handelt. Unter diesen Begriff fallen in erster Linie Situationen menschlicher Not, die durch ihre ausweglose und tragisch unvermeidbare Konstellation besonders geeignet sind, auf die Grenzen des Rechts hinzuweisen und den sich anschließenden rechtsfreien Raum zu veranschaulichen.

---

(98) SCHELER, Zum Phänomen, S. 282.

Die Gedankengänge Max SCHELERs in seiner Abhandlung "Zum Phänomen des Tragischen" können als philosophische Analyse des unfreiwilligen Handelns und der aufgezwungenen Schuld zugleich den Beweis für die Unzuständigkeit jeglicher rechtlichen Bewertung dieser Handlungsweisen liefern.

Nach SCHELER erscheint das Tragische in der Sphäre der Werte und Wertbeziehungen. Es tritt dort am reinsten in Erscheinung, wo Träger gleich hochstehender Werte einander aufzuheben wie "verdammt" erscheinen. Voraussetzungen sind: Unentrinnbarkeit und Unabänderlichkeit der Wertvernichtung, die nicht allein in der Kausalität zu suchen sind, sondern in den immanenten Forderungen der Werte weilen(99). Weiterhin muß die Situation dadurch charakterisiert sein, daß sie auch bei Hinzunahme aller "freien" Akte, über die der Mensch nur zu verfügen vermag, dennoch ihren Lauf nimmt. SCHELER bezeichnet die hier waltende Tragik als "eine Notwendigkeit, die gleichsam o b e r h a l b der Freiheit gelegen ist."(100)

Auf die Problematik dieser Arbeit übertragen würde das bedeuten, daß hier sowohl die Freiheit "von etwas", im Sinne

---

(99) SCHELER, Zum Phänomen, S. 288.
"Bei jedem echt tragischen Vorkommnis sehen wir über das Vorkommnis selbst, das uns tragisch erscheint, dunkel hinaus auf dauernde, mit dem Wesen der Welt bereits gegebene Faktoren, Zusammenhänge, Kräfte, die "so etwas" möglich machen. Es tritt uns auf unmittelbare Weise, ... im tragischen Vorkommnis eine bestimmte Welt b e s c h a f f e n h e i t entgegen, die uns in dem Vorkommnis selbst, -- nicht durch Schluß von ihm auf seine Ursachen, Gründe --, nur momentan gebunden an es und doch unabhängig von seinen einzelnen, realen Teilen, seinen kausalen Faktoren und allem zufälligen Aufeinandertreffen der Dinge und Gegebenheiten in Form einer Ahnungseinstellung anschaulich gegenwärtig wird."

(100) SCHELER, a.a.O., S. 299.

des Dürfens der Handlungsfreiheit, als auch die Möglichkeit der Realisierung einer freien Willensentscheidung, die Determination, die Freiheit "zu etwas", nicht mehr vorhanden sind[101]. Der sich in dieser Situation befindende Mensch hat selbst nicht mehr die Möglichkeit, sich von den jeweiligen Umständen seiner Lage im Sinne eines Sichentscheiden-Könnens zu distanzieren. SCHELER sagt, daß Situationen, in denen auch ein anderer, sonst gleicher, aber moralisch besserer Mensch, mit einer größeren Energie des sittlichen Willens ausgestattet, genauso gehandelt hätte, echte Tragik in sich tragen[102]. Auch im Falle der Notsituationen bedarf es nur einer gedanklichen Substitution des "Täters" durch eine beliebige andere Person, ganz im Sinne des MAIHOFERschen Gedankenganges, um denselben Schluß zu ziehen.

Auf den eingangs geschilderten - hier beispielhaft für die anderen Fälle angeführten -- Weichenwärter-Fall übertragen, würde das bedeuten, daß jeder andere, ja selbst auch qualifiziertere Weichenwärter aus derselben Situation nicht ohne Unwerttun hätte hervorgehen können[103].

---

(101) SCHELER, a.a.O., S. 313 - "Die moralische und "verschuldete Schuld" ist gegründet im W a h l akt; die tragische oder unverschuldete Schuld schon in der W a h l s p h ä r e !" Der Akt der Wahl sei frei von Schuld, gerade umgekehrt wie in der moralischen Schuld, in der die Wahlsphäre auch schuldfreie Möglichkeiten enthält und die Schuld dem Akt anhaftet.

(102) SCHELER, a.a.O., S. 303.

(103) Siehe mit ähnlichen Gedankengängen. MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 152: "Aber kann man danach wirklich sagen: Du hast Unrecht getan? Kann man ohne falsches Pathos wirklich sagen: man hätte als ordentlicher Weichenwärter anders handeln sollen und können? Was sollte und konnte man denn als "ordentlicher Weichenwärter" anderes tun?"

Das Charakteristikum einer solchen Konstellation ist, daß der "Täter" die "Schuld" nicht verschuldet, sondern ihr "verfällt". Die "Schuld" kommt zu ihm und nicht er zur Schuld[104]. Hier wurzelt Schuld in schuldlosem Tun.

Und weiter sagt SCHELER, daß ein solcher Konflikt selbst "durch den ideal weisesten und gerechtesten Richter unschlichtbar und unheilbar" sei. Diese Missetat sei definitorisch die, "vor der alle mögliche moralische und rechtliche Beurteilung v e r s t u m m t ." In letzter Konsequenz ist es die Idee des "Rechtes" selbst, die in die Vernichtung des Wertes führt[105].

Aus diesen Feststellungen folgt für die rechtliche Beurteilung menschlicher Entscheidungen in Situationen, die nicht einmal mehr in der "Wahlsphäre" eine schuldfreie Möglichkeit enthalten, äußerste Zurückhaltung gegenüber dem "Wahlakt"[106]. Abgesehen davon, daß das Recht in diesen Sphären, wo ein Sollen am Können scheitert[107], seine motivierende Kraft einbüßt, ist es schon wegen seiner naturgemäß gebotenen Beschränkung auf den Bereich der Sozialethik zum Tolerieren einer wie auch immer gearteten Entscheidung gehalten. Und von

---

(104) SCHELER, a.a.O., S. 313.
(105) SCHELER, a.a.O., S. 305.
(106) SCHELER, a.a.O., S. 313.
(107) "Wie dieses Beispiel zeigt, scheinen wir den realen, sozialen Unwert der Tat dem Täter nur dann zur personalen, sozialen Verantwortung zurechnen zu können, wenn wir ihm mit dieser Tat eine Verfehlung des sozialen (generellen) Sollens am Maßstabe des sozialen (generellen) Könnens "zur Last" legen können." (MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 153.

welchem rechtlichen Maßstab, von welcher rechtlichen Lösung könnte überhaupt die Rede sein, wenn sich selbst im Bereich der Moral keine festen Maßstäbe mehr finden? Die Begrenztheit der Institution des Rechts demonstriert sich hier am Objekt der Bewertung und weist über das Recht hinaus, auf rechtsfreie Bereiche hin.

Diese Überlegungen bestätigen im nachhinein die Thesis(108), daß das Recht in seiner Eigenschaft als eines unter mehreren Kulturphänomenen keineswegs beherrschend und universal sein kann.

Wollte man also in den eingangs geschilderten Beispielsfällen zu einer rechtlichen Beurteilung kommen, so wäre hierzu das Verlassen des Bereichs sittlicher Minimalforderungen und das Überschreiten der durch eindeutige Abwägbarkeit und Regulierbarkeit zwischenmenschlicher Beziehungen gezogenen Grenze erforderlich. Der Versuch einer rechtlichen Bewertung könnte sicher nicht mehr den Anspruch erheben, in Einklang mit der Gerechtigkeitsforderung zu stehen(109), denn hier versagt offensichtlich der Maßstab der formalen Gerechtigkeit und weist über den empirisch logischen Gehalt hinaus, auf einen "deontologischen" Bezug hin. Wegen der äußeren Erscheinung, des Unwerttuns, ist man zunächst geneigt, das Recht in den genannten Fällen für zuständig zu erachten. Bei genauer Prüfung der Determinationsmöglichkeit erweist sich jedoch die Unzulänglichkeit formal-rechtlich, empirischer Maßstäbe.

---

(108) Vgl. S. 13 und S. 63 ff. der Arbeit.
(109) Die oben zitierten Urteile lassen ja auch deutlich ein beachtliches Maß an Unsicherheit bei der Bewertung erkennen, was besonders mit dem Hinweis auf den Gnadenweg unterstrichen wird.

Hier sind die Grenzen der Kompetenz des Rechts angesichts der in tragischer Not manifestierten Unendlichkeit im Endlichen, an seiner eigenen zeitlichen Begrenztheit sichtbar geworden. Ein rechtsfreier Raum tut sich auf, der auf der einen Seite ins Unendliche verweist und auf der anderen Seite seinen Anfang dort nimmt, wo ein Verhalten nur mehr sittlich gewertet werden kann, d.h. wo die Scheidung der Sittlichkeit vom Recht beginnt; wo rechtliche Maßstäbe zunehmend versagen.

Zusammenfassend soll noch einmal gesagt werden, daß der rechtsfreie Raum generell dort seinen Ausgangspunkt hat, wo das einwandfrei rechtlich bewertbare "ethische Minimum" endet; und sich speziell zur vollen Bedeutung entfaltet, wo es sich um einen im Sinne der Ausgangsfälle scheinbar rechtlich relevanten Sachverhalt handelt. In diesen Fällen ergibt sich bei genauer Betrachtung, daß

a) die Freiheit des W a h l a k t e s n i c h t mehr besteht und schon

b) in der W a h l s p h ä r e keine Determination mehr möglich ist;

d.h., daß diese Fälle scheinbarer rechtlicher Relevanz in den rechtsfreien Raum "eingewiesen" werden sollten.

2. Abschnitt

RECHTSDOGMATISCHER TEIL

I. RECHTSSETZUNG UND RECHTSFREIER RAUM

Wurde bisher versucht, der Lehre von der Denkfigur des rechtsfreien Raumes unter Berücksichtigung der Auffassung vom Wesen des Rechts ein begründendes rechtsphilosophisches Fundament zu geben, so soll jetzt das Wesen des strafrechtsfreien Raumes aus rechtsdogmatischer Sicht verdeutlicht und damit beide Aspekte in unmittelbare Verbindung gebracht und auch einer Überprüfung unterzogen werden.

Die Fragestellung lautet nunmehr nach Sinn und Ausmaß der Denkfigur des rechtsfreien Raumes und seiner Berechtigung im Rahmen des Strafrechts(1).

---

(1) Gegenstand der Untersuchung ist nur das Verhältnis von rechtsfreiem Raum zum Strafrecht, also nur der s t r a f r e c h t s freie Raum. Die Erweiterung des Themas auf andere freie Räume des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts würde ins Uferlose führen. Es soll aber nicht verschwiegen werden, daß es neben allen kleinen und großen Handlungen des täglichen Lebens, die sich in rechtsfreien Räumen überhaupt abspielen, Bereiche gibt, die frei von Einflüssen und Folgen des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts sind. Das Reichsgericht etwa spricht von bloßen tatsächlichen Vorgängen ohne rechtliche Bedeutung. Zu denken ist auch an die sog. justizlosen Hoheitsakte oder an die Begriffe des Ermessens und der Gefälligkeiten. Und das Zivilrecht verweist nicht selten auf Billigkeit und Sittlichkeit und verwendet nicht-rechtspflegefähige Tatbestände wie etwa das Verlöbnis (§ 1297 BGB) oder § 888 Abs. II ZPO. Auf die Problematik eines einheitlichen oder dualistischen Rechtsbegriffs kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

1. PRAKTISCHE VERANSCHAULICHUNG DER PROBLEMATIK DES RECHTSFREIEN RAUMES

Die rechtliche Problematik der Kategorie des strafrechtsfreien Raumes läßt sich zunächst treffend anhand von praktischen Lebenssituationen und alltäglichen Erscheinungen und Tatsachen veranschaulichen.

Auf der Grundlage der im philosophischen Teil der Arbeit theoretisch entwickelten Gedankengänge bietet sich nämlich die Möglichkeit, die oft als Thesis und Antithesis dargestellte Antinomie von Universalität und Restriktion des rechtlichen Wirkungsbereichs auch praktisch einer Synthesis anzunähern. Sowohl die Gedanken der Restriktion als auch der Universalität bieten reiches Material zur praktischen Veranschaulichung des Wesens des rechtsfreien Raumes(2).

Im Sinne der Antithesis wurde schon immer der Standpunkt vertreten, daß dem Recht grundsätzlich keine Grenzen gesetzt seien, daß alle möglichen Sachverhalte rechtlicher Bewertung unterzogen werden könnten(3). So könnten selbst göttliche Wesen und Tiere Gegenstand rechtlicher Regelung sein. Und sogar in Bereichen, die vom Katalog der Normen nachweislich nicht tangiert werden, könnte man von einer rechtlichen Wertung im Sinne einer negativen Auswahl sprechen, denn: was nicht verboten ist, ist erlaubt, und tertium non datur(4).

Nun mag es zutreffen, daß dieser Auffassung vom Recht aus der Sicht vergangener Zeitalter eine gewisse Berechtigung

---

(2) ENGISCH hat sich in der bekannten Untersuchung, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 385 ff., eingehend damit auseinandergesetzt.
(3) Vgl. STEIN, Das private Wissen des Richters, S. 16.
(4) Vgl. unten S.136 f.der Arbeit.

nicht abzusprechen war. In der historischen Situation unserec Jahrhunderts -- RADBRUCH sagt, daß sich "jedes Zeitalter seine Rechtswissenschaft neu schreiben muß"[5] -- ist sie jedoch aus vielerlei Gründen schwerlich vertretbar. Daß es Sache des Rechts sein kann, sich mit Gott, Tieren, Geisteskranken und kleinen Kindern (sog. "untauglichen Normadressaten") oder gar Gefühlen und Gedanken zu befassen, ist weder logisch noch sinnvoll. Die Gedanken sind frei! Das menschliche Innenleben fällt in den rechtsfreien Raum. Das Recht hat aus logischen Gründen nicht die Kraft, Gedanken, Gewissen und Gefühle, Liebe oder Haß zu beeinflussen oder gar zu unterdrücken. Die Normen können nur befehlen, diese inneren Vorgänge nach außen hin, in der Beziehung zu anderen Menschen und Wesen, nicht in Erscheinung treten zu lassen. In diese "privaten" Lebensbereiche vermag das Recht nicht einzudringen; diese Sphäre ist rechtsfrei. Daß die genannten Bereiche rechtlich indifferent sein müssen, ist ein Gesetz der Logik und ergibt sich weiterhin als Folgerung aus dem Seinsgrund des Rechts. Es gibt die Institution des Rechts, weil es Menschen gibt; und es ist die Aufgabe dieser Institution, lediglich die zwischenmenschlichen Beziehungen zu regeln. Diese Erkenntnis ist übrigens schon bei den STOIKERN und danach bei TACITUS eindeutig feststellbar[6]. Sowohl zwischen Gott und Mensch als auch zwischen Mensch und Tier kann aus logischen Gründen kein Rechtsverhältnis bestehen. Man kann also in bezug auf höhere oder niedere Wesen von der Existenz eines -- man kann fast sagen -- selbstverständlichen rechtsfreien Raumes sprechen.

Argumente der Logik sprechen auch gegen die rechtliche Bewertbarkeit von derart abwegigen Sachverhalten wie dem folgenden, von SWIFT[7] beschriebenen Edikt des Kaisers von Lilliput,

---

(5) Rechtsphilosophie, S. 222.
(6) "Deorum injuriae diiscurae", TACITUS (Annalen) I, 73.
(7) Jonathan SWIFT, Gullivers Reisen, S. 62.

"das es allen Untertanen unter Androhung hoher Strafen zur Pflicht machte, ihre Frühstückseier in Zukunft am schmalen Ende aufzuschlagen". Ähnlich verhält es sich mit dem logischen Sinn eines Gesetzes, das unter Androhung der Todesstrafe den Selbstmord verbieten wollte oder mit der gesetzlichen Regelung von Vergangenem und Zukünftigem. Hierher gehören außer den Argumenten der Logik auch jene der sachlichen Un-Möglichkeit, die einen Sachverhalt in den rechtsfreien Raum verweisen. RADBRUCH(8) unterstreicht diese Erkenntnis mit dem einleuchtenden Beispiel, daß das englische Parlament alles könne, nur nicht aus einer Frau einen Mann und aus einem Mann eine Frau machen. Ebenso absurd erscheinen die Anordnungen des russischen Grafen Araktschejew(9) die besagen, daß die Frauen jährlich einen Sohn zu gebären hätten, andernfalls sie Buße zu zahlen hätten.

Im Grunde handelt es sich bei diesen Bereichen um den alten Grundsatz "ultra posse nemo obligatur"(10). Hier sind dem Recht durch die physiologischen Möglichkeiten, durch die Natur des Menschen, von vornherein Grenzen gesetzt, die sich dann weiterhin auf das Können im Sinne des sich Nicht-mehr-distanzieren-Könnens, des Verfallen-seins an eine von zwei ausweglosen Unrechtssituationen ausdehnen(11).

Aber schon an dieser Stelle beginnt die Scheidung der Meinungen über die Grenzen des Strafrechts. Wollte man jetzt den

---

(8) Der Geist des englischen Rechts, S. 38 -- Von SPINOZA stammt folgende bekannte Feststellung: Das Eigentum an meinem Tisch verschafft mir nicht "das Recht zu bewirken, daß dieser Tisch Gras esse". Politisches Traktat, Kap. IV § 4 (zitiert nach ENGISCH, a.a.O., S. 387).
(9) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1956, S. 209.
(10) Ultra posse nemo obligatur; Umformung von impossibilium nulla obligato, Digesten, 50, 17, 185. Vgl. auch HOLD von FERNECK, Rechtswidrigkeit, S. 198.
(11) Vgl. oben, Abschnitt 1, V.B.

Katalog der naturgemäß rechtsfreien Erscheinungen auf den Bereich der Kultur ausdehnen[12] und Gut und Schlecht in der Kunst, Zweckmäßigkeit und Unzweckmäßigkeit in der Technik, Wahrheit und Unwahrheit in den Naturwissenschaften[13] als vom Recht exempt betrachten, so würde man die Richtigkeit des Urteils in steigendem Maße von der Logik des Rechts selbst abhängig machen. Hier entscheiden über die Lokalisierung innerhalb oder außerhalb des Rechtsgebildes nicht mehr die Fragen der logischen oder sachlichen Möglichkeik bzw. Unmöglichkeit -- denn die Bereiche der Kultur sind bekanntlich manipulierbar --, sondern der objektive Sinn, den man der positiven Rechtsordnung beimißt. Nunmehr muß ein Sachverhalt sinnvoll im Hinblick auf die Rechtsidee sein! Der Katalog der bewertbaren Sachverhalte, d.h. die Reichweite der Grenzen des Rechts variiert je nach Interpretation der Rechtsidee! Fällt die Entscheidung über Sinn und Zweck des Rechts zugunsten von Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, so kann im Bereich der Kultur durchaus rechtlich bewertet werden, und von einem rechtsfreien Raum kann kaum oder auch überhaupt nicht mehr die Rede sein. Wird der Primat hingegen der Gerechtigkeit erteilt, so verengen sich die Grenzen des Rechts im Sinne der Thesis, und der Kulturbereich wird nicht oder kaum mehr tangiert.

---

(12) Solche sog. vom Recht freien Räume sind im Grunde unüberschaubar. Neben allen kleinen und großen Handlungen des täglichen Lebens (triviale Sachverhalte) ist u.a. an Bildung, Erziehung, Sport, Sitte und Moral, Weltanschauungen, Sprache, Kunst, Mode, Geschmack zu denken, nicht zu vergessen die Wissenschaften oder die Politik.

(13) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1956, S. 208, führt das Beispiel an, daß sich durch "rechtliche Imperative nicht die Erkenntnis unterdrücken ließe, daß die Erde sich um die Sonne und nicht die Sonne um die Erde dreht".

Noch deutlicher werden die angedeuteten Probleme, wenn die Sphären der Individualethik und der Moralität in die Reichweite des Strafrechts einbezogen werden und unter dem Gesichtspunkt von Gerechtigkeit oder Zweckmäßigkeit über ihre rechtliche Relevanz entschieden werden soll. Auf dieser Grundlage entscheidet sich dann, ob die hier als scheinbar rechtlich relevant charakterisierten Handlungen in Notsituationen oder gar in Situationen, die keine unrechtsfreie Möglichkeit offenlassen, rechtlich bewertet werden oder jenseits der Rechtsgrenzen lokalisiert werden. Ähnlich entscheidet sich auch die Klassifizierung von Vorgängen aus den Bereichen von Liebe, Ehe, Freundschaft, Erholung und Vergnügen. Wenn die Idee der Gerechtigkeit als primärer Rechtsinhalt fungiert, haben all diese Erscheinungen ihren konkreten Standort im rechtsfreien Raum(14), und man bewegt sich bei ihrer Erörterung im Bereich der Moral, nur sie vermag "die Richtung für das Leben zu weisen, und zwar in sämtlichen Augenblicken des Wirkens"(15). Somit wird dem Recht ein bestimmter Raum von vornherein als rechtsfrei abgenötigt. Das Recht stößt an seine naturgemäßen Grenzen. Wegen seiner sozialen Natur(16) bleiben ihm von vornherein diejenigen Tatsachen und Lebensbereiche verschlossen, die einzig und allein den einzelnen in seinen Individualinteressen

---

(14) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 389.
ENGISCH hat im Rahmen seiner Untersuchung auch diejenigen Sachverhalte, in denen dem Selbsterhaltungstrieb Rechnung getragen wird (etwa den Brettfall des KARNEADES), dem rechtsfreien Raum zugeordnet.

(15) DEL VECCHIO, Die Unzulänglichkeit des Rechts, S. 74, 79 ff.
BERGBOHM, Jurisprudenz, S. 378, Anm. 8;
WEIGELIN, Einführung, S. 40, 41, 174 ff.

(16) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 124;
LARENZ, Methodenlehre, S. 280, Anm. 1;
RADBRUCH, Vorschule, S. 34.

oder nur mittelbar die Gemeinschaft betreffen[17].

Hiermit ist die weitreichende Problematik des strafrechtsfreien Raumes in seiner praktischen, alltäglichen Erscheinungsweise aufgezeigt und die Basis angedeutet, auf der die Entscheidung über die Beurteilung oder Nichtbeurteilung von Gewissensfragen gefällt wird. Und es ist die Möglichkeit einer Position gefunden, von der aus man sagen kann: die letzte Verantwortung für sein Tun und Lassen in großer Not trägt jeder nicht vor dem Strafrecht, sondern vor seinem Gewissen, vor anderen Instanzen[18]. Es gibt unleugbar eine Sphäre vom Strafrecht nicht zu tangierender Bezirke; das Strafrecht hat sich da und dort unterzuordnen, mann kann sogar sagen, vor entgegengesetztem Widerstand zu kapitulieren[19].

---

(17) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 125; LARENZ, a.a.O.

(18) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 389, mit weiteren Literaturangaben.

(19) Das Recht trägt diesen tatsächlichen Relationen sogar Rechnung, wenn es mitunter vermeidet, Sanktionen auszusprechen: aus einem Verlöbnis kann nicht mit Hilfe des Rechts die Eingehung der Ehe erzwungen werden. (§ 1297 BGB) Der Ehemakler kann seinen Lohn von den Ehepartnern der von ihm gemakelten Ehe nicht einklagen. Gemäß § 888 Abs. 2 ZPO ist in gewissen Fällen die Vollstreckbarkeit ausgeschlossen. Es handelt sich jeweils um nicht "rechtspflegefähige" Tatbestände.

In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, daß "von alters her das Recht vielfach von sich selbst weg auf Regeln der Billigkeit und der Sitte verweist." (ENGISCH, a.a.O., S. 390) Ähnlich der in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Begriff der "Gefälligkeit" oder der im Volksmund bekannte Spruch: "Wo kein Richter, da kein Recht".

2. ANALYSE DER FUNKTION DER NORMEN. GRUNDSÄTZLICHE ERWÄGUNGEN

Die Beantwortung der Frage nach Sinn und Ausmaß der Berechtigung der Denkfigur des rechtsfreien Raumes muß notwendigerweise auch über eine Analyse des Charakters der Normen im Rahmen des philosophisch bestimmten Rechtsbegriffs erfolgen können. Denn die Rechtsnormen sind es, die als konkrete Rechtsgestalt den strafrechtsfreien Raum mitbestimmen.

Von der herrschenden Lehre wird das Recht heute als ein System von B e s t i m m u n g s - und B e w e r t u n g s n o r m e n angesehen[20]. Eine Wesensbestimmung der Rechtsnormen, sowohl als Imperativ- als auch als Bewertungsnormen, paßt sich der auch das Problem des rechtsfreien Raumes beherrschenden Dialektik von naturrechtlicher und positivistischer Betrachtungsweise an.

Sowohl in der Theorie als auch in der Praxis hat das Recht als ein System von Werturteilen und Sollensvorschriften oftmals eine einseitige Überbewertung der einen oder anderen Komponente erfahren, wobei der ideologische Ansatz von den extremen Standpunkten des reinen Rechtspositivismus[21] oder einer ausschließlich naturrechtlichen Orientierung[22] geliefert wurde. Es zeigt sich hierbei wieder die charakteristische Polarität von extremen Betrachtungsmöglichkeiten.

---

(20) Imperativentheorie und Bewertungsnormentheorie.
(21) Vom Standpunkt des reinen Rechtspositivisten müßten die Rechtsnormen konsequenterweise als Imperativnormen angesehen werden, mit der Folge, daß es keinen rechtsfreien Raum gäbe, weil alles vom Recht umspannt ist. Vgl. hierzu oben S. 46 f.
(22) Die logische Folge müßte dann sein, daß die Rechtsnormen als Bewertungsnormen anzusehen wären.

Wenn aber der Gegensatz von extrem naturrechtlich und extrem positivistischer Anschauung von dem nach dem Recht Fragenden als ein dialektischer Widerspruch erkannt wird, liegt doch die Möglichkeit auf der Hand, ihn in einer Synthese aufzuheben. Andernfalls besteht die Gefahr, daß man bei der Lösung praktischer Rechtsfragen dem konkreten Problem nicht gerecht werden kann und die Möglichkeit gerechten Handelns und Entscheidens völlig verfehlt(23).

Je nachdem, ob die Rechtsnormen als Imperative oder als Werturteile angesehen werden, ändert sich auch das Wesen des rechtsfreien Raumes. Es ist hier nicht beabsichtigt, die möglichen Inhalte der Rechtsnormen bezüglich ihrer Wirkungen auf einen rechtsfreien Raum methodisch durchzuprüfen(24). Die einzelnen Ausführungen hierzu können aber

---

(23) Da dies aber gerade der positive Sinn des Zweifels am Recht ist, kann auf die dialektische Methode ENGISCHs, die Denkfigur des rechtsfreien Raumes anhand der Probleme eines "hypothetischen Sollenssatzes", des "Rechts als Zwangsrecht", des "subjektiven Rechts", der "Rechtsfolge" und des "Lückenproblems" zu konkretisieren, als theoretische Möglichkeit verzichtet werden. (Vgl. Der rechtsfreie Raum 1952, S. 415 ff.)

(24) ENGISCH, a.a.O., führt diese Untersuchung jeweils rein methodisch, also für die Imperativentheorie und die Bewertungsnormentheorie getrennt durch. Es handelt sich dabei aber stets nur um eine "Notlösung", weil es versäumt wurde, -- wie ENGISCH auch selbst erkennt und zugibt -- dem Recht und damit zwangsläufig dem rechtsfreien Raum eine rechtsphilosophische Begründung zu geben ("eine wohlbegründete Rechtsphilosophie vorauszusetzen", ENGISCH a.a.O., S. 403). Dies Verhalten erklärt sich daraus, daß ENGISCH von bereits gesetztem Recht (vgl. a.a.O., S. 403) ausgeht. Das wird allerdings erklärlich, da ENGISCH sich an anderer Stelle als Vertreter eines uneingeschränkten Relativismus bezeichnet (Zur phänomenologischen Methode, S. 136 f.), und für ihn somit das Wesen des Rechts allein in seiner Positivität liegt. Allerdings räumt ENGISCH an gleicher Stelle ein, daß eine wenigstens "fragmentarische Bindung des Sollens an das Sein im Recht" besteht, (a.a.O., S. 109). Auf S. 102 formuliert ENGISCH, daß "doch offensichtlich das Sollen am Sein ausgerichtet werden muß oder wenigstens vernünftigerweise ausgerichtet werden sollte".

letztlich wieder zur klärenden Weiterführung der grundsätzlichen Frage verhelfen, was geschieht, wenn sich zwischen Wirklichkeit und Wert, zwischen Sein und Sollen eine Kluft auftut wie es das Leben so häufig demonstriert; dann also, wenn das Dasein zum Hindernis wird, das Wertvolle zu verwirklichen(25).

Wenn die Imperative ihre motivierende Kraft verlieren und damit dem Strafrecht der eigentliche Geltungsgrund entzogen ist, so bedeutet das primär, daß das "Recht" sich "neutral" verhält und sekundär, daß auch die Rechtsnormen "zurückgezogen" werden müßten(26).

A. Der rechtsfreie Raum unter dem Aspekt der Bewertungsnormentheorie

Zur Bestimmung der Reichweite der Normen und zur Abgrenzung eines rechtsfreien Raumes ist die Reichweite der Normen in bezug auf menschliches Verhalten, auf den Menschen selbst, von entscheidender Bedeutung. Wenn man die sog. B e w e r t u n g s n o r m e n t h e o r i e im Auge hat, sind die

---

(25) Es sind weniger die Beispielsfälle der zweiten Gruppe, wie der Brettfall des KARNEADES oder der MIGNONETTE-Fall, als vielmehr die Fälle der dritten Gruppe, wie der Weichenwärter-Fall oder die Euthanasie-Fälle, angesprochen.

(26) Die Termini "zurückziehen" und "neutral" werden an anderer Stelle noch einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden. Sie sagen nicht das gleiche aus. Durch den Gebrauch an dieser Stelle soll zu ihrer Bedeutung und Unterscheidung keine Stellung bezogen werden.

Normen primär Ausdruck von Bewertungen. Sie sind also in erster Linie Werturteile, Urteilsmaßstäbe, Billigungen und Mißbilligungen, liefern also Wertmaßstäbe, an denen die Orientierung erfolgen soll, wenn zu irgendwelchen Sachverhalten juristisch Stellung bezogen werden soll(27).

Daß Rechtsnormen primär Bewertungsnormen sind, liegt bereits im Begriff selbst begründet, denn der Begriff "Norm" bedeutet soviel wie "Beurteilung". Eine ausschließliche Identifizierung der Normen mit Imperativen verbietet sich von selbst(28)! Rechtswidrige Zustände und (schuldlose) widerrechtliche Handlungen werden von der Rechtsordnung als "unerwünscht", "antisozial", als "nicht-sein-sollend"(29), als rechtswidrig bewertet. Diese rechtliche Bewertung(30) kann beliebige Ausmaße haben: sie kann einmal weite, einmal enge Bereiche des Daseins, des überhaupt Bewertbaren, erfassen. Der rechtsfreie Raum tut sich dann dort auf, wo diese Bereiche jeweils enden, wo das Recht nicht mehr bewerten kann. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn Wertmaßstäbe für eine rechtliche Bewertung entweder nicht mehr ausreichen oder aber gänzlich fehlen.

So stellt sich jetzt die Frage, was diese Bewertung darstellt, worauf sie Bezug nimmt. Es wurde bereits oben

---

(27) Vgl. ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 411 und Der rechtsfreie Raum 1956, S. 212.
(28) Vgl. Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138, der darauf hinweist, daß der Terminus "Bestimmungsnorm" eine contradictio in adiecto ist.
(29) Arthur KAUFMANN, a.a.O.
(30) ENGISCH, a.a.O., S. 412 stellt Bewertungskriterien einander gegenüber, wie: rechtmäßig-rechtswidrig, pflichtgemäß-pflichtwidrig, erlaubt-unerlaubt, richtig-unrichtig, gerecht-ungerecht, billig-unbillig, nützlich-schädlich, ordnungsgemäß-ordnungswidrig, erstrebenswert-zu vermeidend, zweckvoll-unzweckmäßig.

dargestellt[31], daß von einem naturrechtlich orientierten Standpunkt aus diese Bewertung nicht im Erfahrungswirklichen, im Ontischen, sondern im Ontologischen gründet. Der ontologische Bezug dient beim Werten als Maßstab und Kontrolle und damit als Begrenzung. Damit stellt sich der rechtlich bewertbare Raum in vorbestimmten, engen Grenzen dar. Der rechtsfreie Raum dagegen besitzt eine verhältnismäßig weite Ausdehnung. ENGISCH "bewertet" vom Standpunkt des Positivisten aus, wenn er meint, die Herrschaft des Rechts dehne sich im Falle der Bewertungsnormentheorie sehr viel weiter aus[32]. Von diesem Standpunkt kann ENGISCH folgerichtig sagen, es lasse sich vieles bewerten, was mit Befehlen nicht erreicht werden kann[33]. Ob man aber das Verhalten von Kindern, Geisteskranken und Tieren, und ebenso Naturereignisse tatsächlich bewerten und folgerichtig als rechtswidrig[34] bezeichnen kann, das bemißt sich nicht an einem leeren, möglichen Bewertungsakt, sondern an im menschlichen Gewissen

---

(31) Vgl. S.50 ff.
(32) Der rechtsfreie Raum, 1956, S. 212.
(33) ENGISCH zitiert MEZGER, der noch viel weiter geht: "Gegenstand dieser rechtlichen Bewertung kann alles sein: das Verhalten handlungsfähiger und handlungsunfähiger, schuldfähiger und schuldunfähiger Menschen, das Verhalten anderer Lebewesen, Ereignisse, Zustände der Umwelt, die nicht von Lebewesen ausgehen ..." Bis hierhin Zitat nach ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 412.
MEZGER macht aber eine alles entscheidende Einschränkung, das Zitat lautet bei MEZGER vollständig: " ... wenn auch selbstverständlich immer bezogen auf menschliches Zusammenleben." MEZGER erkennt damit eine notwendige Bezugnahme zum Menschen an. Lehrbuch S. 164.
Ebenso Eb. SCHMIDT in v. LISZT-SCHMIDT, S. 173 Anm. 2, S. 175.
(34) Etwa der Angriff eines Tieres oder eines Geisteskranken.

sich spiegelnden Werten, an menschlicher Vernunft. Es ist dann auch nicht mehr Sache des Rechts, göttliche Ratschlüsse als "gerecht" oder "ungerecht" zu bewerten(35). Eine objektive Beurteilung ist hier nicht möglich, nur eine subjektive. Ähnlich verhält es sich mit Gedanken, Gefühlen und inneren Strebungen. Das Innenleben spielt sich im rechtsfreien Raum ab, es kann nur dann rechtlich bewertet werden, wenn es sich nach außen hin äußert und sich in Tat und Wort als Recht oder Unrecht bewertbar darstellt. Gefühle und Gedanken können nur dann rechtlich bewertet werden, wenn sie kund getan werden und wenn durch sie gleichzeitig die Rechtsordnung tangiert wird. Da ENGISCH ein anderes Verständnis vom Menschen voraussetzt, die Welt als rational durchdringbar ansieht und somit das menschliche Sein auf das Dasein beschränkt, kann er zu dem Ergebnis gelangen, daß "insgesamt alles Erdenkliche mit irgendeinem rechtlichen Wertakzent bedacht werden kann"(36).

Zusammenfassend kann man sagen, daß eine ausschließliche Ausrichtung auf Bewertungsnormen zur Folge hätte, daß bei Stellungnahme zu irgendwelchen Sachverhalten von der Rechtsordnung nur unverbindliche Werturteile zur Orientierung geliefert werden könnten. Dieser Zustand würde sich allmählich selbst ad absurdum führen und eine wesentliche Aufgabe des Rechts, seine Ordnungsfunktion, ignorieren. Dennoch ist

---

(35) So wie das ENGISCH vom Standpunkt des Positivisten aus tut! Vgl. Der rechtsfreie Raum 1952, S. 412 und Der rechtsfreie Raum 1956, S. 212.

(36) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 412. Im Extremfall würde das bedeuten, daß die Idee des rechtsfreien Raumes als weitgehend eingeschränkt erscheinen muß.

gerade im Rahmen der Bewertungsnormentheorie die Möglichkeit eines rechtsfreien Bereiches von vornherein enthalten, weil die Reichweite des Rechts nicht an subjektiven Bestimmungen, sondern an objektiven Bewertungsmöglichkeiten menschlicher Verhaltensweisen orientiert wird, wobei der objektive Wertmaßstab eine Art Kontrollinstanz für den Kompetenzbereich des Rechts darstellt.

B. Der rechtsfreie Raum unter dem Aspekt der Imperativentheorie

Nunmehr sollen die Möglichkeiten und Folgen einer fast ausschließlichen Orientierung der Normen an I m p e r a t i v e n als andere Alternative untersucht werden. Neigt man der sog. Imperativentheorie zu, so sind die Rechtsnormen primär Imperative, Befehle, Gebote und Verbote. Der Rechtsunterworfene soll sich gemäß dem Befehl des Gesetzgebers und entsprechend dem im Befehl zum Ausdruck kommenden fremden Willen verhalten(37).

Hierbei tritt eine erhebliche Schwäche dieser Normenauslegung zutage:
die Bewertungen der Lebenssachverhalte, die überhaupt die Aufstellung einer Imperativnorm ermöglichen, gehen logischerweise dem Befehl voran. Bevor man bestimmt, muß man wissen, wozu man bestimmen will. M.a.W., man muß das zu befehlende oder zu verbietende Verhalten zunächst einer positiven oder negativen Wertung unterziehen(38). Die Rechtsnorm kann also gar nicht primär eine Bestimmungsnorm sein! Daraus erklärt

---

(37) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 405.
ENGISCH bekennt sich i.ü. selbst zur Imperativentheorie.
(38) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138.

sich auch das Wesen der Rechtsnorm: es besteht "in der Beurteilung menschlicher Verhaltensweisen und bestimmter sozialerheblicher Zustände"(39).

Dennoch darf die Bedeutung des imperativen Charakters der Norm -- über deren Ausmaß natürlich unterschiedliche Meinungen vertreten werden können -- keinesfalls geleugnet werden.

Wollte man, entgegen diesen Bedenken, den imperativen Charakter der Normen dennoch als primär ansehen, so müßten sich die Grenzen des Rechts doch vernünftigerweise am Können bestimmen. Der rechtsfreie Raum müßte dann dort beginnen, wo die zeitliche und räumliche Reichweite der Rechtsnormen endet, wo nicht mehr befohlen werden kann. Denn es kann nichts absolut Unmögliches befohlen werden: "ultra posse nemo obligatur"(40). Die Folge ist, daß der rechtsfreie Raum eng gehalten werden müßte und zwar deshalb, weil der Wirkungsbereich der Norm dort endet, wo "ein durch den Imperativ motivierbares Willensverhalten" überhaupt nicht in Frage kommt(41). Allerdings kann das nur dann sein, "wenn der rechtliche Imperativ sinnvoll und ernst gemeint zu sein beansprucht"(42), und "demjenigen gegenüber erfolgt, der sich "entsprechend" verhalten soll, und zwar mit dem Ziele, daß er sich entsprechend verhält". Darin, daß bei Nichtbeachtung der Beschränkung, die das Können setzt, der Rahmen des Rechts unkontrollierbare Elastizität erhält, liegt eine bedenkliche Schwäche der Überbetonung des imperativen Charakters der Norm.

---

(39) Arthur KAUFMANN, a.a.O.
(40) Vgl. ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 406 f; Der rechtsfreie Raum 1956, S. 210.
(41) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 405.
(42) ENGISCH, a.a.O., gerade hierbei wird die dem Befehl vorangehende Wertung deutlich: denn ob etwas "sinnvoll" ist, kann nur durch Werten entschieden werden.

Das "Recht" kann nach Maßgabe der Macht ins Unendliche ausgedehnt werden, während der rechtsfreie Raum zur Bedeutungslosigkeit absinkt. Es kann alles "befohlen" werden; es kann alles mit Strafe belegt werden, bis hin zur Pervertierung des Rechts. Ein Imperativ kann schlechthin jeden Inhalt haben(43). Somit kann eine Norm auch einen sinnlosen Inhalt haben(44): Letztlich wird die Entscheidung über Recht und Unrecht zu einer reinen Frage der Macht! Das von ENGISCH angeführte Beispiel des russischen Grafen Araktschejev(45) bescheinigt nur allzu deutlich, daß solche Befehle sehr wohl auch gegeben wurden. Natürlich sind sie sinnlos, aber unter Umständen kann auch ein sinnloser Inhalt mit Rechtsfolgen versehen werden.

Die Möglichkeit des Befehls und die Möglichkeit seiner Realisierung sind zwar zweierlei. Es besteht aber insofern ein Zusammenhang, als normalerweise etwas Unrealisierbares auch nicht befohlen wird. Durch die Anerkennung dieses Zusammenhangs rückt das Wesen der Norm in ein anderes Licht und der rechtsfreie Raum erhält andere Dimensionen. ENGISCH räumt dies auch ein, wenn er ausführt, daß der rechtsfreie Raum dann dort beginne, "wo die Macht und Möglichkeit des Befehlens endet"(46). Welche Kraft sollte einen zum Äußersten entschlossenen Machthaber davon abbringen, Säuglingen, Geisteskranken oder Tieren Befehle, und seien sie noch so sinnlos, zu erteilen, wenn nicht die Verpflichtung durch eine Wertwelt des Gerechten und Humanen. Wird dieser Bezug abgelehnt, so wird damit der Maßstab zum Werten verloren. Es

---

(43) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138.
(44) KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 104.
(45) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 407 und Der rechtsfreie Raum 1956, S. 209, 211. Graf Araktschejev (1769-1834) erließ Anordnungen an die ihm unterstellten Militärkolonien, daß die Frauen jährlich einen Sohn zu gebären hätten, andernfalls sie Buße zu zahlen hätten.
(46) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1956, S. 210.

wird auf die Vernunft nicht nur des jeweiligen Machthabers, sondern der Menschen im allgemeinen vertraut, womit das positive Recht dem Ermessen des Gesetzgebers überantwortet wird. Die Rechtfertigung des Gesetzesbefehls wird stets darin liegen, daß der Gesetzgeber nur zu einem Verhalten bestimmen wolle, das er als rechtmäßig, als gemeinnützig bewertet, und daß er nur solches Tun verbieten wolle, über das er das Urteil der Sozialschädlichkeit sprechen zu können glaubt(47). Das mag zwar gut gehen, solange noch eine Kontrolle durch "autonome Vernunft" ausgeübt wird(48). Wenn aber die Kontrolle durch Vernunft und Gesinnung versagt, und reine Zweckmäßigkeitserwägungen überhand nehmen, zeigt es sich, daß "man" alles befehlen, alles mit Strafe belegen kann. Rechtssicherheit und Nützlichkeit werden oberstes Gebot; unter diesem Gesichtspunkt kann dann alles in Normen gefaßt werden, denn rechtfertigen läßt sich alles! Der Gesetzgeber und die von ihm gesetzten Normen sind oberster Maßstab, nicht die Gerechtigkeit. Der Kern des Rechts aber, sein Wesen, entzieht sich dem berechnenden Zugriff. Der Positivismus ist blind für die Essenz des Rechts(49)!

Bleiben dennoch Bereiche, die als rechtsfrei anzusprechen sind, so ist es dem Willen und dem Charakter des Gesetz-

---

(47) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 136.
(48) Vgl. oben S. 22.
(49) Nicht mit der formalen Gerechtigkeit zu verwechseln, die die "positivistische" Rechtsauffassung selbstverständlich gewährt. Der Positivismus hielt bekanntlich die Immanenz des Bewußtseins für unüberschreitbar und beschränkte sich schon aus diesem Grunde auf die Verwirklichung einer rein formalen Gerechtigkeit. Der Rechtscharakter des Gesetzes soll nicht von seinem Gerechtigkeitsgehalt abhängen, sondern vom äußeren, formalen Erscheinungsbild.
Vgl. Arthur KAUFMANN, Zur rechtsphilosophischen Situation, S. 138.

gebers zu verdanken und ihm überlassen, wo etwa die Grenzen zwischen dem Recht und den Bereichen der Wissenschaft, der Lehre, Religion, Kunst, Mode, Liebe, Freundschaft, Geselligkeit, Parteipolitik, Wirtschaft, Erholung und Sport abzustecken sind und somit einen rechtsfreien Raum zu bestimmen.

Zusammengefaßt kann man sagen, daß die Rechtsnormen weder ausschließlich noch primär Bestimmungsnormen sein können. Die Folgen einer weitgehenden oder gar ausschließlichen Orientierung an Imperativen, an Geboten und Verboten eines Zwangsrechts, hat unsere jüngste Vergangenheit vor Augen geführt. Diese Folgen werden offenbar, wenn der Sollensmaßstab der Kontrollinstanzen Gerechtigkeit und Können verlorengeht, so daß der Rahmen des Strafrechts unkontrollierbare Elastizität erhält. Die Reichweite des Strafrechts kann nach Maßgabe der Macht ins Unendliche ausgedehnt werden, der rechtsfreie Raum schrumpft, seine Bedeutung wird minimal. Schließlich kann alles befohlen, alles mit Strafe belegt werden, bis hin zur Pervertierung des Rechts, bis zum "gesetzlichen Unrecht".

C. Ergebnisse und Schlußfolgerung

In der gegenwärtigen Rechtssituation sind Theorie und Praxis allgemein von extremen Standpunkten in der Frage der Normentheorie abgerückt. Man ist allgemein der Ansicht, daß das Recht menschliches Verhalten nicht lediglich bewerten will und kann, sondern daß es auch zu normgerechtem Verhalten bestimmen und anhalten will und muß. "So fließen aus den objektiven Bewertungsnormen die Imperative, die

subjektiven 'Bestimmungsnormen'", wie Arthur KAUFMANN treffend formuliert(50).

Die Rechtsnormen üben primär bewertende, sekundär bestimmende Funktionen aus(51)(52).

Der Mittelweg, der ebenfalls durch die philosophische Konzeption erkennbar wurde, ist, wie so oft, der gangbarste. Wenn als Geltungsquelle des Rechts das verpflichtende Sollen gesehen wird, so haben beide Funktionen der Norm, das Bestimmen und das Bewerten, diesen Sollensmaßstab gemeinsam.

---

(50) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138.

(51) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 152; Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 136 f. und Urteilsanmerkung in SJZ 1947, 634; MEZGER, Lehrbuch, S. 164 ff.; Eb. SCHMIDT in v.LISZT-SCHMIDT, S. 174.
Zur Durchsetzung des zunächst als rechtlich relevant bewerteten Verhaltens dienen die gesetzten Verbote und Gebote des Staates. Sie sind aber niemals Wesen und "Urform" der Rechtsnorm, sondern nur Mittel zum Zweck. Die staatlichen Imperative stellen nichts anderes als eine Umwandlung der rechtlichen Bewertung in Verbote und Gebote dar. "Jede Sollensnorm ist weiter nichts, als das Resultat einer Wertnorm" (Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 138). Verboten wird ein Verhalten nur, weil es der Gesetzgeber mißbilligt. Das im Tatbestand beschriebene menschliche Verhalten wird als antisozial angesehen und deshalb bei Strafe verboten.
(Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 183)

(52) Allerdings gibt es auch Rechtsnormen, die sich primär als Bestimmungsnormen darstellen, also in erster Linie Imperative aussprechen. Einige "Straftaten" stellen kein Unrecht im materiellen Sinne dar, sie erscheinen nur deshalb als strafwürdig, weil sie vom Gesetzgeber verboten worden sind. Hierzu zählen etwa das Verwaltungsstrafrecht, Teile des Wirtschaftsstrafrechts, die Polizeidelikte, das Finanz- und Devisenstrafrecht, also das sogenannte Ordnungsstrafrecht.
Vgl. hierzu Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 183 ff.

An erster Stelle muß dann die an der Idee des Rechts orientierte Bewertung der gesollten Inhalte des Rechtlichen erfolgen, damit als zweiter Schritt auch der Befehl am Sollen orientiert werden kann und als wirksamer Schutz des sozialethischen Minimums fungiert.

Als wichtiges Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß der rechtlich erfüllte, bewertbare Raum sich in vorher bestimmten Grenzen darstellt. Der rechtsfreie Raum eröffnet sich dagegen dort, wo das Recht nicht mehr bewerten kann, wo Wertmaßstäbe für eine rechtliche Bewertung entweder versagen und nicht mehr ausreichen oder überhaupt fehlen. Denn auch Sollen und Können sind untrennbar miteinander verbunden. Somit findet jede Bestimmung zum Sollen ihre Grenze am Können(53). Ultra posse nemo obligatur! "Wo das Können entfällt, wird auch das Sollen sinnlos"(54). Wo das Bewerten menschlicher Handlungen, das Bewerten der Gewissensentscheidungen keinen Sinn mehr hat, da kann auch das Befehlen "Du sollst!" keinen Erfolg mehr haben. Vom so verstandenen bewertenden und bestimmenden Maßstab der Norm aus wird der rechtsfreie Raum erkennbar und erhält eine echte Berechtigung: Es gibt Lebensbereiche und Situationen, die so sinnlos, so anormal sind, daß kein Mensch, der vernünftig zu handeln imstande ist, "dem Unwerttun entgehen kann und doch ist es kein Unrechttun. Ein solches setzt stets voraus, daß man überhaupt kann, was man soll"(55). Der rechtsfreie Raum beginnt dort, wo generelle Bestimmbarkeit

---

(53) Vgl. MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 153, vgl. auch FUCHS, Lex permissiva, S. 201, der schon 1926 den Versuch unternahm, "das Reich des Dürfens gegen das Gebiet des sog. rechtlichen Könnens" abzugrenzen, um aus dieser Abgrenzung heraus den rechtsleeren Raum zu bestimmen.
(54) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 139.
(55) MAIHOFER, a.a.O., S. 154.

und jede "generelle Bewertbarkeit im Sinne des Unrechts" aufhört[56].

Daraus, daß der Gesetzgeber ein Verhalten als r e c h t m ä ß i g ("dem-Recht-entsprechend") bewertet, folgt, daß er es wünscht und also g e b i e t e t .

Daraus, daß der Gesetzgeber ein Verhalten als r e c h t s w i d r i g (widerrechtlich) bewertet, folgt, daß er es nicht wünscht und also v e r b i e t e t .

Und daraus, daß der Gesetzgeber ein Verhalten w e d e r als r e c h t m ä ß i g n o c h als r e c h t s w i d r i g bewertet noch bewerten kann, folgt in gleicher Konsequenz, daß er weder gebietet noch verbietet, daß also jede Wertung entfällt und somit das Verhalten im s t r a f r e c h t s f r e i e n R a u m liegt.

II. RECHTSANWENDUNG UND RECHTSFREIER RAUM

1. UNRECHTSBEWERTUNG UND RECHTSFREIER RAUM

Von besonderer rechtsdogmatischer Bedeutung für die Berechtigung der Denkfigur des strafrechtsfreien Raumes ist die kritische Untersuchung und Überprüfung der Feststellung, daß die Rechtsordnung nicht mehr bewerten könne. Ausgehend von dem Ergebnis, daß die Normen primär bewerten und sekundär bestimmen sollen und von der Erkenntnis, daß rechtsfreier Raum und "Nicht-bewerten-können" in einem Zusammenhang stehen, muß die Frage nach den rechtsdogmatischen

---

(56) MAIHOFER, a.a.O.

Auswirkungen und Folgen gestellt werden. Die Beantwortung dieser Frage muß zeigen, inwieweit der bisher erarbeitete Begriff des rechtsfreien Raumes sich als praktikabel und als brauchbare "Institution" erweisen wird. Nach den bisherigen philosophischen und normativen Überlegungen gilt es nun, die Denkfigur des rechtsfreien Raumes aus der Sicht der Rechtsprechung auf die praktische Anwendungsmöglichkeit hin zu untersuchen.

Die Berechtigung des rechtsfreien Raumes soll sich dann erweisen, wenn -- wie zuvor entwickelt wurde -- im Rahmen der Unrechtsüberprüfung (Prüfung der Rechtswidrigkeit) nicht mehr bewertet werden kann, wenn es also unmöglich ist, eine Handlung als "rechtswidrig" oder "rechtmäßig" zu bewerten. M.a.W.: die Entscheidung über die Zuweisung einer Handlung zum strafrechtsfreien Raum fällt gleichzeitig mit der Aussage, ob über "Recht" oder "Unrecht" endgültig befunden werden kann. Es ist also von entscheidender Bedeutung, an welchen Kriterien das "Unrecht" zu messen ist.

Zunächst gilt es, die K r i t e r i e n einer solchen Bewertung zu erkennen, um dann den sich unwillkürlich aufdrängenden Eindruck zu überprüfen, diese Unrechtsbewertung vollziehe sich im Verbrechensaufbau nach der Handlungsprüfung und vor der Schuldüberprüfung, also im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung (Standortfrage). Der Richter, der einen vorliegenden Sachverhalt sachlich und rechtlich zu klären gezwungen ist, muß auch eine echte Möglichkeit haben, diesen ihm vorliegenden Sachverhalt überhaupt in den strafrechtsfreien Raum einweisen zu können. Hierzu muß er zunächst die Begriffe "Recht", "Unrecht", "rechtswidrig" und "rechtmäßig" nach ihren Kriterien genau erkennen können, um dann eine sichere Abgrenzung zu den Begriffen "Unrechtsbewertungsausschlies-

sungsgrund"[57] und "rechtsfrei" finden zu können.

Die Termini "Unrecht" sowie "Recht" und "rechtswidrig" ("Rechtswidrigkeit") sowie "rechtmäßig" verhalten sich zueinander wie Substantivum und Prädikat. Dadurch wird gleichzeitig der Unterschied dieser Begriffe sichtbar. WELZEL[58] grenzt "Unrecht" und "Rechtswidrigkeit" treffend voneinander ab: "Rechtswidrigkeit ist eine reine Relation (ein Mißverhältnis zwischen zwei Beziehungsgliedern). Unrecht dagegen ist etwas Substantielles: das rechtswidrige Verhalten selbst. Rechtswidrigkeit ist ein Prädikat, Unrecht ein Substantivum. Unrecht ist die rechtswidrige Verhaltensweise selbst ... Rechtswidrigkeit ist eine Eigenschaft an diesen Verhaltensweisen..." Die Aussagekraft dieser Begriffe in bezug auf die Denkfigur des rechtsfreien Raumes bleibt dem Wesen nach die gleiche: für den rechtsfreien Raum ist es ohne Einfluß, ob "Unrecht begangen" beziehungsweise "kein Unrecht begangen" wurde oder ob "rechtswidrig gehandelt" beziehungsweise "rechtmäßig gehandelt" wurde. Das Urteil, ein Verhalten sei rechtswidrig, besagt nur, daß diese bestimmte Verhaltensweise dem Recht widerspricht, Unrecht ist. Der Ausdruck dieses Mißverhältnisses zwischen einem Verhalten und den Anforderungen des Rechts bezieht sich auf das Recht selbst[59].

Wird die R e c h t s w i d r i g k e i t nach einmütiger Lehre für nichts anderes als der Widerspruch gegen die Rechtsordnung, als das objektive Unwerturteil der Rechts-

---

(57) Diese Bezeichnung wird unten im 2. Abschnitt, II, 3, d gesondert behandelt.
(58) WELZEL, Strafrecht, S. 46 f.
(59) An dieser Stelle interessiert nicht die rein formale Aussage, daß lediglich die Tatsache des Rechtswidrigkeitsspruchs zum Ausdruck gebracht wird.

ordnung über das tatbestandsmäßige Verhalten[60] angesehen, so ist hingegen die Ansicht über das U n r e c h t nicht einheitlich. Unrecht stellt sozial-ethisch verwerfliches, schädliches Verhalten, den Verstoß gegen die Gemeinschaftswerte dar[61]. Diese Formel ist heute im allgemeinen anerkannt. Sie reicht auch aus, um sagen zu können, daß ein

---

(60) Vgl. für viele: Arthur KAUFMANN, Tatbestand, S. 354, 394, sowie SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 2 vor § 51. Auf die Unterscheidung formeller-materieller Rechtswidrigkeit braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden. Angesprochen ist hier nur die materielle Rechtswidrigkeit.

(61) Vgl. Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 87 f.; derselbe, Tatbestand, S. 394; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 161; WELZEL, Strafrecht, S. 3 ff., 63 f.; MAURACH, AT, S. 117 f.; OTTO, Pflichtenkollision, S. 21; HORN, Untersuchungen, S. 89, der insbesondere darauf hinweist, daß das Rechtswidrigkeitsurteil keiner A b s t u f u n g fähig ist, daß nur ein Entweder-Oder möglich ist. Das Unrecht als solches kann somit auch nicht unter Quantitäts- und Qualitätsgesichtspunkten gewertet werden.
Ähnlich auch SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 213, der ausführt, daß dem Unrecht jede Steigerungsmöglichkeit fehle (S. 206 f.), weil ein bestimmtes Verhalten nur entweder verboten sein könne oder nicht, und es keine mehr oder weniger starken Verbote gebe (S. 193). Diese umstrittene Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, weil für die Annahme eines rechtsfreien Raumes nicht niedere Grade des Unrechts, sondern die Unmöglichkeit der vollen Bejahung und der vollen Verneinung Voraussetzung ist.

Eine Gradabstufung des Unrechts demgegenüber bejahen: KERN, Grade der Rechtswidrigkeit, S. 255 ff., der "die Rechtswidrigkeit bis zum Nullpunkt abstufbar" ansieht. Im Anschluß hieran GALLAS, Lehre vom Verbrechen, S. 30; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 262 f; LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, S. 32 ff.; BAUMANN, Strafrecht, S. 227.
Vgl. auch Arthur KAUFMANN, Tatbestand, S. 394, der den Standpunkt einnimmt, daß zwar "die Rechtswidrigkeit einer Spezifizierung und Abstufung überhaupt nicht fähig" sei, daß aber das materiale Unrecht, der Verstoß gegen die Gemeinschaftswerte, "zu den verschiedenen Tatbeständen graduierbar" sei.

Rechtswidrigkeitsurteil dann gefällt werden kann, wenn eine Verhaltensweise nicht Recht, sondern Unrecht verwirklicht. Aber für den Richter, der zur Bejahung des rechtsfreien Raumes die schwierige Feststellung zu treffen hat, daß ein Verhalten weder rechtswidrig noch rechtmäßig ist, sind solche Formeln mit all ihren erkennbaren Anhaltspunkten noch zu grob und von zu geringer praktischer Aussagekraft.

HORN(62) hat eine für das Erkennen des rechtsfreien Raumes dienliche Formel des Rechtswidrigkeitsurteils erarbeitet, die die wichtigen Begriffe der Wertung, der Zurechnung, der Sanktion und des "gerechten Ausgleichs" verwendet: "Im Rechtswidrigkeitsurteil wird durch eine unserer materialen Rechtstheorie gemäße Wertung einer Person ein Ereignis objektiv zugerechnet, das auf ein bestimmtes Verhalten von ihr im sozialen Zusammenhang zurückzuführen ist und mindestens eine andere Person oder die Gesamtheit betroffen hat; die Zurechnung erfolgt im Hinblick auf eine mögliche rechtliche Sanktion, die einen gerechten Ausgleich zum Ziel hat". Sehr richtig stellt HORN ausdrücklich fest, daß "mit jeder Aussage über die Rechtswidrigkeit ... ein Werturteil verbunden ist"(63), und daß hier Werten zugleich Erkennen bedeutet(64). Diese Formel vermag dem Richter wichtige Anhaltspunkte zur Verfügung zu stellen, an denen er Recht oder Unrecht eines Verhaltens entweder wertend erkennen kann oder die Möglichkeit einer solchen wertenden Entscheidung einsehen muß. Allerdings ist HORN insofern nicht zuzustimmen, als er damit der objektiven Unrechtslehre Geltung verschaffen will(65). Gerade für die Annahme der Kategorie des

---

(62) Untersuchungen, S. 17, S. 104 ff. und S. 110.
(63) a.a.O., S. 104.
(64) a.a.O., S. 17.
(65) a.a.O., S. 89 f.

rechtsfreien Raumes, die doch voraussetzt, daß weder Recht noch Unrecht verwirklicht wird, ist es von entscheidender Bedeutung, in welcher Weise das Unrecht ausgestaltet ist, an welchen Kriterien es zu messen ist: objektiv, subjektiv, sowohl objektiv als auch subjektiv, oder etwa objektiv und mit subjektiven Elementen vermischt.

Damit sind die verschiedenen Unrechtslehren angesprochen. Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, etwa einen mehr oder weniger vollständigen Überblick über all die in Vergangenheit und Gegenwart vielfältig vertretenen Unrechtsauffassungen zu geben, sie zu kritisieren und die fast unübersehbare Vielzahl der Lehrmeinungen um eine neue Unrechtsauffassung zu bereichern. Es soll lediglich auf die Arbeiten von MEZGER(66), KRAUß(67), OTTO(68), LAMPE(69) und neuerdings auch SCHMIDHÄUSER(70) verwiesen werden, die von verschiedenen Standorten aus einen guten und kritischen Überblick über die vielfältigen einzelnen Unrechtslehren geben.

Diese Ausführungen werden sich darauf beschränken, die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten der wichtigsten Unrechtslehren hinsichtlich Bedeutung und Berechtigung des rechtsfreien Raumes zu überprüfen. Dabei muß auch der Streit Berücksichtigung finden, der darüber entbrannt ist, ob der Unrechtsgehalt entscheidend von objektiven oder von subjek-

---

(66) MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, S. 207 ff.
(67) KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 19 ff.
(68) Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil.
(69) Das personale Unrecht.
(70) Der Unrechtstatbestand.

tiven Elementen bestimmt wird[71]. M.a.W., die Zuweisung eines Sachverhalts in den rechtsfreien Raum wird nämlich von dem innerhalb der Unrechtslehre umstrittenen Problem beeinflußt, ob die Rechtswidrigkeit lediglich auf Grund äußerer, objektiv in Erscheinung tretender Bewertungsmerkmale eines menschlichen Verhaltens festzustellen ist, oder ob und wie weitgehend auch innere, subjektive Motive des Täters zur Bestimmung des Unrechts heranzuziehen sind. Die Frage nach der Struktur des Unrechts[72] kann zur Klärung darüber beitragen, ob das Unrecht neben oder anstelle einer Rechtsgutverletzung zugleich auch Pflichtverletzung sein kann, oder welche Bedeutung jeweils dem Erfolgsunwert und dem Handlungsunwert im Unrecht zukommt[73].

A. Klassische Unrechtslehre

Bei Betrachtung der sog. klassischen Unrechtslehre[74] erwachsen von vornherein erhebliche Zweifel an ihrer Zweck-

---

(71) Also eine Überprüfung der charakteristischen Merkmale der einzelnen Unrechtsbetrachtungen. Hierbei braucht aber keine grundsätzliche Entscheidung für oder gegen die Merkmale dieser Unrechtslehren getroffen zu werden.

(72) Damit wird auch die Frage der Abgrenzung des Unrechts zur Schuld berührt. Diese Frage kann an dieser Stelle außer Betracht bleiben, weil hier nur Kriterien des Unrechts unter ausschließlichem Bezug auf den rechtsfreien Raum betrachtet werden.

(73) Die verschiedenen Feststellungen bedienen sich nur unterschiedlicher Begriffe. Sachlich wird der gleiche Problemkreis umrissen.

(74) Gemeint ist hier die sog. streng objektive Unrechtslehre, die, soweit ersichtlich, von Hellmuth MAYER, Lb. S. 103 ff.; NOWAKOWSKI, Rechtswidrigkeit, S. 87 ff.; RITTLER, Lehrbuch, S. 114 ff.; WEGENER, Strafrecht, S. 108 ff. und HORN, a.a.O., S. 89 ff., vertreten wird.

mäßigkeit und Brauchbarkeit bei Anwendung und Überprüfung der Theorie des strafrechtsfreien Raumes. Diese sogenannte s t r e n g o b j e k t i v e U n r e c h t s l e h r e erfaßt das Unrecht als reine Rechtsverletzung und knüpft das Rechtswidrigkeitsurteil an die bloße kausale Rechtsgutverletzung. Das Unrecht wird nämlich in seiner Auswirkung auf den Verletzten hauptsächlich oder doch überwiegend nach objektiven Gesichtspunkten als Erfolgsunwert bestimmt. "Auf die Seite des objektiven Unrechts gehört demnach die äußere Tatseite und nur diese, als die äußere Gestalt, welche sich der Wille gibt"(75). Die rechtswidrige Handlung wird als objektiver Wille angesehen. Der subjektive Wille, die Schuld, ist dann das Tatinnere. Die rein objektive Seite des Verbrechens sieht die Tat als objektives Unrecht, als Äußeres an.

Das Unrechtsurteil wird von subjektiven Merkmalen freigehalten und völlig isoliert. Es kommt auf die bloße Herbeiführung eines Erfolges und damit auf die Handlung als solche selbst an. Hierbei ist aber nicht die subjektive Zwecksetzung des Täters, sondern die objektive Zweckläufigkeit der Handlung allein entscheidend, und zwar in einer Weise, wie sie sich vom Standpunkt der Gemeinschaft aus darstellt(76). Die eigentliche Grundlage und Rechtfertigung für diese objektive Betrachtungsweise wird aus der "Ordnungsfunktion" des Rechts abgeleitet(77).

---

(75) Hellmuth MAYER, a.a.O., S. 104. Im gleichen Sinn NOWAKOWSKI, a.a.O., S. 320.
(76) Vgl. Hellmuth MAYER, a.a.O., S. 42; WEGENER, a.a.O., S. 121; RITTLER, a.a.O., S. 121.
(77) Hellmuth MAYER, a.a.O., S. 102 ff.; WEGENER, a.a.O., S. 9 ff., S. 105 ff.; vgl. insbesondere MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, S. 241 ff., der aber nicht ein Vertreter dieser strengen Auffassung ist.

Das Erkennen eines rechtsfreien Raumes wird durch diese objektive Unrechtslehre vereitelt. Es wurde bewiesen, daß ein echter rechtsfreier Raum nur dann bejaht werden kann, wenn innerhalb der Unrechtsüberprüfung eine Unrechtsbewertung überhaupt nicht erfolgen kann. Der bloße Erfolgsunwert wird aber gerade in jenen kritischen rechtlich relevanten Lebenssachverhalten stets zu bejahen sein, die in den rechtsfreien Raum fallen. Es wird also eine Wertung für oder gegen das objektive Unrecht vorgenommen, die aber mit dem rechtsfreien Raum unverträglich ist. M.a.W., für die Lehre vom rechtsfreien Raum ist es wertlos, wenn das Unrecht allein nach dem objektiv feststellbaren, sichtbaren Ergebnis einer Tat, dem Erfolgsunwert bestimmt wird. Der Erfolg einer Handlung wird strafrechtlich überhaupt erst als zu einem bestimmten Täter gehörig bedeutsam. Täterschaft kann aber nicht durch bloße Erfolgsverursachung begründet werden. Eine wertende Betrachtung des Verhaltens eines Täters unter dem Gesichtspunkt, ob es Unrecht verwirklicht, dem Recht gemäß war, oder ob es weder als rechtswidrig noch als nicht rechtswidrig bewertbar war, ist ohne gebührende Berücksichtigung des Täterwillens unvollständig. Eine Verhaltensweise als Störung der Sozialgemeinschaft erfordert rechtliche Sanktionen überhaupt nur dann, wenn eine rechtlich relevante Fehlleistung einer Person gegeben ist[78]. Abgesehen davon,

---

(78) Zur Kritik der objektivistischen Unrechtsauffassung siehe S. 87, Anm. 66-70 und insbesondere auch MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 144, 149, 182; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 146 f.; OTTO, Pflichtenkollision, S. 22; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 51 ff., 212. Es sei nur darauf hingewiesen, daß insbesondere bei den unechten Unterlassungsdelikten und den Fahrlässigkeitsdelikten ohne systemwidrigen Rückgriff auf die soziale Stellung des Täters und die in seinem Verhalten liegende Verletzung einer bestimmten sozialen Pflicht (Garantenpflicht bei den Unterlassungsdelikten; objektive Sorgfaltspflicht bei den Fahrlässigkeitsdelikten) das Unrecht nach nahezu einhelliger Auffassung nicht feststellbar ist.

daß bei der objektiven Unrechtslehre unklar bleibt, an welcher Stelle im Verbrechensaufbau überhaupt eine Einordnung scheinbar rechtlich relevanten Verhaltens versucht werden könnte, würde diese Auffassung vom Unrecht der Denkfigur des rechtsfreien Raumes aus folgenden Erwägungen die Berechtigung streitig machen: Bei solchen Rettungshandlungen, die notwendigerweise mit der Vernichtung von Menschenleben verbunden sind(79), wäre bei objektiver Betrachtungsweise Unrecht ausschließlich zu bejahen, aber keine notwendige und gerechte Differenzierung im Sinne eines rechtsfreien Raumes zu erreichen. Denn gleichgültig, ob ein Notstandstäter mit "edlem Rettungswillen" oder ein Mörder aus "niedrigen Beweggründen" handelt, der jeweils gleiche Erfolg wäre gleichermaßen als Erfolgsunwert zu veranschlagen; objektiv gesehen läge stets eine rechtswidrige Tötungserfolgshandlung, eine rechtswidrige und damit verwerfliche Verhaltensweise vor.

Ein solches Einordnungsschema ist für die differenzierte Kategorie des strafrechtsfreien Raumes zu grob und zu nichtssagend und damit praktisch unbrauchbar. In allen Fällen scheinbar rechtlich relevanter Handlungen(80), bei denen der bloße Erfolg unbestrittenermaßen eingetreten ist, muß das Unrecht der Täterhandlung zwangsläufig bejaht werden. Zum Problem an sich und zur Überprüfung der Einordnung einer Handlung in den rechtsfreien Raum kann überhaupt nicht vorgedrungen werden; eine objektive Unrechtsbetrachtung muß die Existenzmöglichkeit des rechtsfreien Raumes von vornherein ausschließen. Die Lösungsprobleme der einzelnen Fälle

---

(79) Hier wäre in erster Linie an die Notstandshandlungen der beiden letzten, eingangs geschilderten Gruppen zu denken.

(80) Die Notstandsfälle der eingangs geschilderten dritten Gruppe.

wären aus dem Bereich des Unrechts bzw. der Rechtswidrigkeitsprüfung verbannt und entweder endgültig unterdrückt oder gewissermaßen als letzte, dogmatisch aber anfechtbare Lösung in den Bereich der Schuld abgedrängt. Eine Lösung wäre dort nur noch unter anderen Voraussetzungen ersatzweise zu suchen, aber ohne Möglichkeit, die Kategorie des rechtsfreien Raumes in Anspruch nehmen zu können(81).

B. Eingeschränkt objektive Unrechtslehre

Mit der streng objektiven Urteilslehre ist die eingeschränkt objektive Lehre vom Unrecht nahe verwandt(82). Sie steht ebenso wie erstere auf einem objektiven Standpunkt, bedient sich aber einer Hilfskonstruktion, um die Nachteile einer streng objektiven Betrachtungsweise zu vermeiden: Es werden einzelne subjektive Elemente "ausnahmsweise" zur Kennzeichnung des Unrechts aus dem Bereich der Schuld vorgezogen oder aus dem Tatbestand zu Hilfe genommen. Hierbei kann sich die objektive Bewertungsnorm des Rechts sowohl auf äußeres wie auf inneres, seelisches Verhalten beziehen. Dieser Bezug des objektiven Rechts auf subjektives Verhalten bedarf dann aber

---

(81) Ein eindrucksvolles Beispiel hierfür liefert die Untersuchung von Eva SCHEEL, a.a.O., insbesondere S. 44 ff.

(82) Sie wird heute als die herrschende bezeichnet. Zu ihr bekennen sich vor allem: MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 248 ff., 316 ff., 194 ff.; BAUMANN, Strafrecht, S. 208 ff.; SCHRÖDER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Vorbem. B, S. 12 ff.; LANGE in KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch, S. 12 ff.; MEZGER, Strafrecht, S. 84 ff., derselbe, Die subjektiven Unrechtselemente, S. 207-314; ENGISCH, Subjektive Tatbestandselemente, S. 165 ff., S. 183; SAUER, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 22 ff.

stets eines besonderen Nachweises(83).

Bei Herstellung des Bezuges dieser Lehre zur Lehre vom rechtsfreien Raum muß deutlich hervorgehoben werden, daß diese Lehrmeinung nach wie vor daran festhält, daß Rechtswidrigkeit grundsätzlich das unpersönlich-objektive Urteil über Wert oder Unwert der Tat in bezug auf die Rechtsordnung bedeutet. Es bleibt grundsätzlich bei der klassischen Dreiteilung des Straftatensystems, bei der in erster Linie die Schuld und nicht das Unrecht die persönliche Zurechnung der Tat dem Täter gegenüber bewirkt. Auch diese Lehre erweist sich, genau wie die zuvor untersuchte strenge Unrechtslehre, als völlig ungeeignet für die Einweisung einer Handlung in den strafrechtsfreien Raum. Denn für die Idee des rechtsfreien Raumes ist es im Prinzip bedeutungslos, wenn nur dort als seltener Einbruch in den Grundsatz der rein objektiven Betrachtungsweise des Unrechts eine Ausnahme zugelassen wird, wo im konkreten Einzeltatbestand bestimmte subjektive Merkmale vom Gesetzgeber ausdrücklich benannt sind. Solche Tatbestände finden sich einmal bei den sogenannten Absichts-, Tendenz- und Ausdrucksdelikten, zum andern auch dort, wo eine besondere, vom Handelnden geforderte Richtung auf den Erfolg wesentlich ist(84).

---

(83) MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 194 ff.;
MEZGER, Strafrecht, S. 87;
Vgl. auch ENGISCH, Subjektive Tatbestandselemente, S. 182, der diesen Gedanken wie folgt formuliert: "Der Objektivismus soll hier nur insofern modifiziert werden, als das Subjektive innerhalb der Tatbestands- und Unrechtslehre dort nicht beiseite gesetzt werden darf, wo es bei sachgemäßer Auslegung und Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes unentbehrlich ist, um das Urteil tatbestandsmäßigen Unrechts zu begründen."

(84) Vgl. für viele MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S.194. Erinnert sei nur an die Zueignungsabsicht in § 242 StGB, an die wollüstige Tendenz der unzüchtigen Handlung in § 176 StGB und etwa die niedrigen Beweggründe als Motiv in § 211 StGB.

Dieselben Gründe, die für die streng objektive Unrechtslehre den rechtsfreien Raum verschlossen, gelten auch in gleicher Weise für die eingeschränkt objektive Unrechtslehre. Im Prinzip wird die Trennung von Unrecht und Schuld in objektiv und subjektiv beibehalten, das Unrecht wird also grundsätzlich nach wie vor primär am Erfolgsunwert gemessen. Wenn ausnahmsweise subjektive Unrechtselemente im Tatbestand ausdrücklich anerkannt werden, also entgegen der Regel dann und wann der Begriff des Handlungsunwertes zur Unrechtsbewertung herangezogen wird, so erfordert dieses Vorgehen -- vor allem für die den rechtsfreien Raum ermöglichenden oder verhindernden Wertungen -- allgemeingültige Kriterien dafür, welche der im Tatbestand genannten subjektiven Elemente dem Unrecht und welche der Schuld zuzurechnen sind. Da solche Kriterien von der eingeschränkt objektiven Unrechtslehre nicht zur Verfügung gestellt werden, ist eine willkürliche Aufgliederung der einzelnen Tatbestände ohne verläßliches Leitbild die Folge(85).

Für die Idee des rechtsfreien Raumes bedeutet dies, daß die Zuweisung eines Lebenssachverhaltes in den rechtsfreien Raum allein von der zufälligen Formulierung des Tatbestandes abhängt; die Wertung der Handlung als rechtswidrig oder rechtmäßig ist fast ausschließlich am Erfolgsunwert, nur ausnahmsweise auch einmal am Handlungsunwert ausgerichtet. Die Lehre vom rechtsfreien Raum erfordert aber eine allgemeinverbindliche Orientierung für die Bewertung des Rechts

---

(85) Vgl. zur Kritik: SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 141 f.; KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 27 f.; MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 144; OTTO, Pflichtenkollision, S. 25 ff; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 68 ff.

bzw. des Unrechts[86]. Die Kategorie des strafrechtsfreien Raumes ist umfassender als Gesetzesnormen.

Im Denkschema jener beiden objektiven Unrechtsauffassungen deutet sich nicht einmal die Möglichkeit an, eine scheinbar rechtlich relevante Handlung dem rechtsfreien Raum zuweisen zu können. In all jenen Fällen scheinbar rechtlich relevanter Handlungen, bei denen der bloße Erfolg doch unbestrittenermaßen eingetreten ist, muß das Unrecht der Täterhandlung bei Anwendung dieser Unrechtslehren zwangsläufig bejaht werden. Sei es der von ENGISCH gebildete Fall des Weichenwärters[87], sei es das Beispiel der drei Bergsteiger oder auch der Euthanasie-Fälle[88], sie alle lassen sich mit den Kriterien der klassischen oder eingeschränkt objektiven Unrechtslehre generell und auch speziell in Ausrichtung auf den strafrechtsfreien Raum nicht befriedigend lösen.

Dieses Ergebnis erfährt seine Bestätigung bei Überprüfung am Fall des W e i c h e n w ä r t e r s :
Der Weichenwärter beläßt entweder die Weiche in ihrer ursprünglichen Stellung, so daß der zu Tal rasende Güterwagen auf einen vollbesetzten Zug prallt und führt damit den ob-

---

(86) Ein rechtsfreier Raum kann auch nicht bei Betrachtung des subjektiven Täterverhaltens im Rahmen der Schuld bejaht werden, da ja bereits vorher das Urteil "rechtswidrig" oder "nicht rechtswidrig" gesprochen wurde. Und das verträgt sich ja auf keinen Fall mit der hier dargestellten Denkfigur des rechtsfreien Raumes.

(87) Vgl. oben S. 11 . Dieser lehrreiche Fall des Weichenwärters geht -- soweit ersichtlich -- auf ENGISCH zurück, der ihn 1931 in die wissenschaftliche Diskussion um den übergesetzlichen Notstand einführte. (Vgl. Diskussion, Mitt. IKV, N.F. Bd. 5, S. 187.) WELZEL hat diesen Fall dann 1951 im Anschluß an die sog. Ärzteprozesse der Nachkriegszeit wieder in Erinnerung gebracht. (Vgl. zum Notstandsproblem, S. 51.)

(88) Vgl. oben S. 11 ; es handelt sich ausschließlich um Beispielsfälle aus der dritten Fallgruppe.

jektiven Todeserfolg durch Unterlassen[89] herbei; oder er legt den Weichenhebel um und bewirkt damit, daß auf dem Nebengleis drei Streckenarbeiter überrollt werden, und er gleichfalls den objektiven Todeserfolg, nunmehr durch aktives Tun, herbeiführt. Der Weichenwärter führt also den Erfolgsunwert herbei, er begeht in jedem Falle Unrecht, gleich, wie er sich verhalten mag. Das Unwerturteil ist unabdingbar gesprochen[90], die rechtliche Wertung vollzogen, der rechtsfreie Raum ist als Lösungsmöglichkeit ausgeschlossen.

---

(89) Der Weichenwärter kann durch U n t e r l a s s e n den Erfolg durchaus herbeiführen. Wie beim aktiven Tun (Indienstnahme von Eigenkausalität) wird hier beim Unterlassen (Indienstnahme von Fremdkausalität), wenn der Weichenwärter nichts tut und alles dem Schicksal überläßt, vom Täter ein fremder Kausalprozeß übernommen. Dieser Fall unterscheidet sich aber von typischen Fällen des Unterlassens, bei denen sich der Unterlassende einen außerhalb seiner selbst liegenden, fremden Kausalprozeß dienstbar macht, dadurch, daß in diesem ungewöhnlichen Fall dem Weichenwärter ein fremder Kausalprozeß aufgezwungen wird und er sich nicht, selbst wenn er es wollte, durch erwartetes Handeln befreien kann. Die erwartete Handlung würde nämlich den gleichen Erfolg haben.

Auch hinsichtlich der G a r a n t e n p f l i c h t bestehen keine Bedenken: die erforderliche intensive Beziehung des unterlassenden Weichenwärters zum gefährdeten Rechtsgut (entweder die Reisenden im vollbesetzten Personenzug oder die drei Streckenarbeiter auf dem Nebengleis) ist darin zu sehen, daß er als Angestellter oder Beamter der Bahn sowohl gegenüber Reisenden als auch gegenüber diesen Kollegen in seiner äußerst verantwortungsvollen Position ganz besonders zu Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit verpflichtet ist.

(90) So auch die herrschende Lehre, vgl. für viele: MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 280.

C. Soziale Unrechtslehre MAIHOFERs und MAURACHs Lehre von der Tatverantwortung

Für den rechtsfreien Raum ergeben sich neue Aspekte, wenn das starre, dreigliedrige Straftatensystem der sog. klassischen Lehre mit seiner exakten Trennung von Außen und Innen, von objektivem Geschehen als Gegenstand des Unrechts und subjektivem Täterverhalten als Gegenstand der Schuld gesprengt wird und durch Einführung allgemeingültiger, zusätzlicher objektiver oder subjektiver Unrechtselemente weitergeführt wird(91). Welche Wege dabei MAIHOFERs "soziale Unrechtslehre" und MAURACHs "Tatverantwortungslehre" beschreiten, soll nunmehr festgestellt und in Bezug zum rechtsfreien Raum gebracht werden.

Die von MAIHOFER begründete "s o z i a l e" oder "o b j e k t i v - p e r s o n a l e" Unrechtslehre(92) stellt auf den Täter als Sozialperson(93) ab und eröffnet durch diesen Ansatz in der Folge die Möglichkeit einer Einweisung in den rechtsfreien Raum. MAIHOFERs Lehre wird von der Erkenntnis getragen, daß der vom Täterbild losgelöste Erfolgsunwert keineswegs befriedigend der einzige, noch der

---

(91) Vgl. oben, S. 87, Anm. 66-70 und LAMPE, Das personale Unrecht, S. 13 ff.

(92) Unrechtsvorwurf, S. 141 ff. MAIHOFER benennt seine Lehre allerdings "personale Unrechtslehre". Er entwickelte einen "objektiv-personalen" Unrechtsbegriff im Gegensatz zum "subjektiv-personalen" Unrechtsbegriff der finalen Lehre. Heute wird MAIHOFERs Lehre allerdings wegen besserer Unterscheidung zur Unrechtsauffassung der Finalisten als "soziale Unrechtslehre" bezeichnet. Vgl. u.a. KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 31, Anm. 59.

(93) MAIHOFER, Recht und Sein, S. 122 und Unrechtsvorwurf, S. 141.

entscheidende Inhalt des Unrechts zu sein vermag. Folgerichtig tritt daher bei der Unrechtbewertung neben den E r f o l g s u n w e r t (Erfolgssachverhalt) gleichberechtigt das "personale Element" als H a n d l u n g s - u n w e r t . Dieser wird als Verfehlung des sozialen Sollens und Könnens auf einen vom "Sozialstandpunkt der anderen" her feststellbaren objektiven Sachverhalt beschränkt(94). MAIHOFER geht von einer Besinnung auf das Wesen des unter zweifachem Gesetz stehenden Menschen aus. Der "ontologischen Sicht des Menschen" als Selbstsein im Alssein(95) entspricht das zweifache Gesetz des " 'werde selbst' der existentiellen Maxime und des 'werde allgemein' des kategorischen Imperativs"(96). Diese doppelte ethische Forderung trennt die Bereiche von Unrecht und Schuld. Unrecht ist der Vorwurf "gegen den Menschen als Sozialperson (MAN ALS)", Schuld der gegen den Menschen "als Individualperson (DU SELBST)"(97). MAIHOFER begründet diese Trennung damit, daß das Unrecht "uns nicht in unserer Konstitution als individuelles Wesen, sondern in unserer Position als soziales Wesen" betrifft(98).

---

(94) MAIHOFER geht es bei dem Maßstab des "Jedermann" nicht um die Frage der Schuld, sondern um die Frage des Unrechts, und zwar speziell um die Frage "des Unrechtssachverhalts" (objektives Voraussehenkönnen des Taterfolges bzw. objektives Beherrschenkönnen der Tathandlung) und des "Unrechtsvorwurfs" (objektives Einsehenkönnen des Unrechttuns bzw. objektives Vermeidenkönnen des Unrechttuns).

(95) MAIHOFER, Recht und Sein, S. 122.

(96) MAIHOFER, a.a.O., S. 123.

(97) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 154.

(98) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 164.
Die Schuld zeichnet sich dadurch aus, daß sie das Individuum allein, höchst persönlich in seiner Konstitution als individuelles Wesen betrifft.
MAIHOFER, a.a.O.

Das Unrecht setzt sich aus den Elementen Tat und Täter zusammen(99), also aus zweierlei Elementen: Interessenverletzung und zugleich Verletzung einer an die Sozialperson gerichteten Verhaltensnorm(100).

MAIHOFER geht also davon aus, daß alles Recht auf menschliches Verhalten bezogen sei(101), und dieses daher seine Aufgabe, Interessen zu schützen, nur durch die Aufstellung von Verhaltensnormen erfüllen könne(102). Die Verletzung dieser Verhaltensnorm ist damit Pflichtverletzung(103). Entsprechend werden "Unrechts- und Schuldsachverhalte als die jeweiligen Objekte der Wertung... streng voneinander geschieden"(104). "Alle Unrechtswertung", führt MAIHOFER weiter aus, "legt an uns den Maßstab des MAN und führt zu dem sozialen Vorwurf: MAN hätte hier anders handeln sollen und können"(105). "Im Unrechtssachverhalt ist erfaßt die Umschreibung der Tat des Täters in ihrer sozialen äußeren Wirklichkeit und Wirkung"(106).

Adressat der MAIHOFERschen Verhaltensnormen, der Pflichteneinstellung, ist der Mensch als durch rechtlich-soziale Kategorien faßbarer "Rechtsgenosse" ("Sozialgenosse"), als objektivierte Person(107).

---

(99) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 155.
(100) MAIHOFER, a.a.O., S. 142 und 149.
(101) MAIHOFER, a.a.O.
(102) MAIHOFER, a.a.O., S. 149.
(103) MAIHOFER, a.a.O., S. 156 f.
(104) MAIHOFER, a.a.O., S. 164.
(105) MAIHOFER, a.a.O.
(106) MAIHOFER, a.a.O., damit verdeutlicht MAIHOFER auch, daß die von ihm vertretene Lehre der objektiven Unrechtslehre nahesteht, zudem er dem Schuldsachverhalt "die Tat des Täters in ihrer individuellen Verbindlichkeit und Bewirkung" zuweist.
(107) MAIHOFER, a.a.O., S. 148. Der Personbegriff MAIHOFERs geht zurück auf Erik WOLF, "Vom Wesen des Täters" (Tübingen 1932). Hier wird der Täter als "willentlicher Mitträger der Rechtsgemeinschaft" (S.15), eingebettet

Mit seiner objektiv ausgerichteten sozialen Unrechtslehre liefert MAIHOFER die Anhaltspunkte, die die Entscheidung, einen Lebenssachverhalt dem rechtsfreien Raum zuzuweisen, ermöglichen. Gegenüber den beiden zuvor behandelten objektiven Unrechtslehren wird von MAIHOFER der objektive Maßstab des Unrechts auf andere Weise neu abgegrenzt. Erfolgsunwert wie Handlungsunwert sind am Spruch über Recht und Unrecht gleichermaßen beteiligt. Dem Handlungsunwert kommt hierbei besondere Bedeutung zu: die soziale Unrechtslehre MAIHOFERs stellt mit dem objektiv-personal bemessenen Verhaltensunwert ein wichtiges Unrechtsmerkmal heraus. Die Bedeutung dieses objektiv-personal bemessenen Verhaltensunwerts liegt in objektiv-sozialen Pflichtenstellungen, die dem Täter als Sozialperson generell obliegen(108), und deren Verletzung die Pflichtwidrigkeit und damit die Rechtswidrigkeit der Tathandlung feststellt.

---

in den Lebensraum der Kultur (S. 14), nicht aber als Individuum (S. 19) und als solcher als Adressat von Rechtsnormen gezeichnet (S. 20).

(108) Auch die Frage, ob der Handlungsunwert tatsächlich ausschließlich nach objektiven Merkmalen zu bestimmen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es mag der Hinweis auf zwei Bedenken gegenüber MAIHOFERs objektiv-personaler Unrechtslehre genügen: es ist zu überlegen, ob nicht die objektiv-sozialen Handlungspflichten im Einzelfall von besonderen sozial-wertvollen Zielen des Täters verdrängt werden (Problem der subjektiven Rechtfertigungselemente), und ob das Unrecht ohne Heranziehung subjektiver Elemente immer als sozialwidriger Vorgang zu erkennen ist. Durch diese Argumente wird die Denkfigur des rechtsfreien Raumes aber weder unmittelbar noch entscheidend beeinflußt.
Vgl. oben, S. 68, Anm. 68. Zur Kritik insbesondere auch KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 33 ff., insbesondere S. 36 und 53 ff.; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 72 ff.; GALLAS, Lehre vom Verbrechen, S. 14 f. OTTO, Pflichtenkollision, S. 27 f.

Das Unrecht bzw. das "Recht" einer Handlung wird -- neben der Erfolgsbewertung -- durch Bewertung und Abwägung der sozialen Stellung des Täters und die in seinem Verhalten liegende Verletzung einer bestimmten sozialen Pflicht festgestellt. MAIHOFER billigt oder mißbilligt im Unrechtsurteil das Verhalten des Täters nach -- objektiven -- sozialen Maßstäben[109]. Zu dem in den objektiven Unrechtslehren alleinentscheidenden Merkmal der -- objektiven -- Rechtsgutverletzung tritt nunmehr folgerichtig das Merkmal der -- objektiven -- sozialen Pflichtenverletzung (Unrechtsvorwurf) hinzu[110], so daß dann erst beide Merkmale zusammen endgültig das Unrechts- und Rechtswidrigkeitsurteil bestimmen.

Damit ist eine Entscheidung darüber, daß eine Verhaltensweise w e d e r rechtswidrig n o c h rechtmäßig ist, also in den rechtsfreien Raum fällt, anhand der Auswirkungen der Verhaltensweise des Täters im rechtlich-sozialen Raum klar feststellbar. Ist die Verhaltensweise hingegen anhand dieser Indizien rechtlich bewertbar, so verschließt sich ihr naturgemäß der rechtsfreie Raum.

MAIHOFERs Lehre vom Unrecht stellt also Kriterien zur Verfügung, die entweder eine zuverlässige Zuweisung einer menschlichen Handlung in den rechtsfreien Raum oder deren Zuordnung in rechtlich bewertbare Sphären ermöglicht. In abstrakter Weise wird nämlich das Können bestimmt, welches seinerseits den Maßstab für das Sollen bildet.

Die Verträglichkeit der objektiv-sozialen Unrechtslehre mit den Anforderungen des rechtsfreien Raumes soll wieder an dem Beispiel vom W e i c h e n w ä r t e r überprüft werden. MAIHOFER, der diesen Fall selbst anführt, kann mit Recht

---

(109) Unrechtsvorwurf, S. 144.
(110) MAIHOFER, a.a.O., S. 149.

angesichts des unbefriedigenden Lösungsergebnisses durch die streng objektiven Unrechtslehren fragen, ob der Weichenwärter denn wirklich Unrecht begangen habe und versuchen, diesen tragischen Fall mit den Kriterien der sozialen Unrechtslehre neu zu lösen.

Werden die Kriterien der sozialen Unrechtslehre auf diesen Fall angewendet, so ist der reale-soziale Erfolgsunwert eindeutig gegeben. Denn es steht objektiv fest, daß die Handlung des Weichenwärters den Todeserfolg herbeiführt, und er getötet hat. Wenn darüber hinaus seine Handlungsweise auch als pflichtwidrig(111) bezeichnet werden soll, dann muß sie auch handlungsunwert sein, dann muß auch der reale-soziale Handlungsunwert eindeutig feststehen. Der Weichenwärter müßte pflichtwidrig gehandelt oder unterlassen haben, er müßte entweder pflichtwidrig den Weichenhebel umgelegt haben,oder er müßte pflichtwidrig untätig geblieben sein. MAIHOFER stellt selbst die Frage, ob man dem Weichenwärter sagen kann: Du hast Unrecht getan! "Kann man ohne falsches Pathos wirklich sagen: man hätte als ordentlicher Weichenwärter anders handeln sollen und können? Was sollte und konnte man denn als 'ordentlicher Weichenwärter' anderes tun?"(112) Könnte dem Weichenwärter wirklich vorgehalten werden, er habe Unrecht getan, weil "man als ordentlicher Weichenwärter" hätte anders handeln sollen und können? Dies ist nicht möglich. Niemand kann sagen, was man in seiner Lage hätte tun sollen und können.

---

(111) "Pflichtwidrig" heißt hier nichts anderes als "rechtswidrig".

(112) MAIHOFER, a.a.O., S. 152. 'Anders' kann hier einzig und allein 'rechtmäßig' oder 'pflichtmäßig' heißen! Aber rechtmäßig hätte der Weichenwärter sich doch überhaupt nicht verhalten können, weil er, gleich wie auch immer er sich verhalten haben mag, entweder durch Tun oder Unterlassen getötet hätte.

MAIHOFER sieht zwar davon ab, dem Weichenwärter aus seinem Verhalten auch nur nach sozialen Maßstäben einen Vorwurf zu machen[113]. Leider ist nicht klar ersichtlich, ob er damit sagen will, der Weichenwärter habe "nicht-rechtswidrig", also rechtmäßig gehandelt. Andererseits kann dem Weichenwärter aber auch nicht bestätigt werden, daß er sich pflichtmäßig verhalten hat! Die Rechtsordnung kann nicht expressis verbis eine Handlung oder eine Unterlassung billigen und für Recht erklären, durch die getötet wurde.

Und schließlich hätte der Weichenwärter auch tatsächlich nicht rechtmäßig handeln können, weil er, gleich wie auch immer er gehandelt haben mag, getötet hätte. Die Rechtsordnung vermag keine Antwort auf die Frage zu geben, wie sich der Weichenwärter hätte verhalten sollen und können, und sie vermag insbesondere keine Antwort darauf zu geben, ob er die Weiche hätte umstellen sollen oder nicht. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß seine Verhaltensweise in jedem Falle nicht rechtlich bewertbar, sondern rechtsfrei ist[114].

Daß MAURACHs Lehre von der "T a t v e r a n t w o r t u n g" überhaupt und insbesondere an dieser Stelle einer kritischen Untersuchung unterzogen wird, erscheint eigentlich überflüssig. Ergab sich doch oben bei Beleuchtung der sogenannten eingeschränkt objektiven Unrechtslehre, daß MAURACH Verfechter dieser unter dem Aspekt des rechtsfreien Raumes indiskutablen Unrechtslehre ist[115].

---

(113) a.a.O., S. 153.
(114) Das Ergebnis steht im Gegensatz zur Lösung MAIHOFERs!
(115) Vgl. oben S. 92, Anm. 82.
MAURACH hat, wenn er die Tatverantwortung prüft, bereits über das Unrecht, über das Urteil rechtmäßig oder rechtswidrig befunden und endgültig entschieden!

MAURACH bezieht die Person des Täters in das Unwerturteil nicht mit ein, vollzieht eine scharfe Trennung von tatbestandsmäßigem Unrecht (Tatbewertung) und Zurechenbarkeit (Täterbewertung) und sieht somit in der Rechtswidrigkeit ein Urteil über die Tat, nicht über den Täter(116). Auch zieht er subjektive Rechtfertigungselemente in dem dieser Unrechtslehre eigenen Rahmen noch zur Rechtswidrigkeitsprüfung heran(117). Damit besteht -- wie oben ausgeführt -- in der wichtigen und speziell für die Idee des rechtsfreien Raumes entscheidenden Stufe der Unrechtsbewertung (Rechtswidrigkeitsprüfung)(118) keine Möglichkeit mehr, eine scheinbar rechtlich relevante Handlung dem rechtsfreien Raum zuzuweisen. Andere Überlegungen lassen es aber doch als wichtig erscheinen, die Kriterien der Tatverantwortungslehre hier mit Blick auf den rechtsfreien Raum zu untersuchen.

---

(116) MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 248. Die Elemente werden am treffendsten mit dem Begriff des "Erfolgsunwerts" gekennzeichnet. MAURACH steht der Idee des rechtsfreien Raumes schon von der Grundeinstellung zum Recht her ablehnend gegenüber, wenn er zwar zutreffend sowohl bei Bejahung als auch bei Verneinung der Rechtswidrigkeit "eine eindeutige Wertung Für und Wider durch das Recht" (a.a.O., S. 250) anerkennt und folgerichtig die Tat als gerechtfertigt ("vom Recht entweder gebilligt...") oder als "verworfen" ("...dem Recht zuwider") erklärt, dann aber feststellt, daß eine "dritte Möglichkeit" nicht bestehe (a.a.O., S. 250). Zur Frage der Existenz einer dritten Möglichkeit wird auf die Ausführungen über den Satz vom ausgeschlossenen Dritten unten auf Seite 136 ff. verwiesen.

(117) MAURACH, a.a.O., S. 258 f. und oben S. 92 ff.

(118) Ein wichtiges Ergebnis dieser Untersuchung wurde darin erblickt, daß die Idee des rechtsfreien Raumes an der Frage der Bewertbarkeit von Recht und Unrecht entschieden wird, ohne aber gleichzeitig damit die andere dogmatische Frage angeschnitten zu haben, w o , an welchem Standort im Deliktsaufbau, eine Verhaltensweise als dem rechtsfreien Raum zugehörig anerkannt und bezeichnet werden kann. Dieses Problem wird unten im 2. Abschnitt, II, 2 zusammenhängend und ausführlich behandelt. Vgl. aber hierzu auch Armin KAUFMANN, Dogmatik, S. 159 ff. über die Tatverantwortungslehre als selbständige Stufe im Deliktsaufbau zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld.

Was nämlich MAURACH im Ergebnis als "Tatverantwortungslehre" bezeichnet, ist insbesondere hinsichtlich der Bewertungsmaßstäbe und der Bewertungskriterien dem MAIHOFERschen Unrechtsvorwurf nicht unähnlich(119). So behandelt auch MAURACH in seiner Tatverantwortungslehre die Verfehlung des sozialen (generellen) Könnens. Auch hier geht es ebenso zunächst um den "Maßstab" des "Jedermann", angewandt auf den konkreten "Jemand" in der Situation und Position des Täters(120). Wenngleich auch die Bezeichnung der Lehre und der dogmatische Ansatz auf Unterschiede hindeuten, spricht die Lehre doch vom Inhalt her genau den Bereich des sogenannten Unrechtsvorwurfs, im MAIHOFERschen Sinne, an. MAURACH entwickelte mit der Rechtsfigur der Tatverantwortung eine Lehre vom dogmatisch materiellen Inhalt des Unrechtsvorwurfs(121): er kommt zu dieser Rechtsfigur, anders als MAIHOFER, im Deliktsaufbau vom Komplex der Schuld aus "rückwärts" in Richtung Rechtswidrigkeit schreitend und gelangt im Ergebnis durch"Aufspaltung der Schuld"(122) in zwei Stufen der Verantwortlichkeit zu der

---

(119) MAURACH, Schuld und Verantwortung, S. 36 ff. und Deutsches Strafrecht, AT, S. 312 ff; insbesondere S. 315, 317 f.

(120) M.a.W. MAURACH wie MAIHOFER verwenden ähnliche Argumente und gleiche Kriterien, um jeweils ihren Standpunkt zu begründen. Die Ursache für die unterschiedliche Bezeichnung und den abweichenden Standort dieser Argumente liegt in der grundlegend unterschiedlichen Auffassung beider Verfasser über die Lehre von Unrecht und Schuld.

(121) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 160; SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Vorbem. 10 vor § 1, der darauf verweist, daß es einer formellen Abweichung überhaupt nicht bedürfe, da die bloß tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung "gemeinsame Grundlage aller Unrechtsfolgen" sei.

(122) MAURACH, Schuld und Verantwortung, S. 36. Kritisch hierzu Armin KAUFMANN, Dogmatik, a.a.O.

Zwischenstation "Tatverantwortung", angeordnet zwischen Schuld und der eigentlichen Rechtswidrigkeit. So unterscheidet er also in seinem System zwei Ebenen der personalen Zurechenbarkeit. Durch Trennen der die Kriterien und Maßstäbe der Verantwortlichkeit bzw. der Zurechenbarkeit beinhaltenden Voraussetzungen wird ein für den rechtsfreien Raum vom Inhalt her günstiger Aussagemodus geschaffen. Und dieser spricht eigentlich nichts anderes an als die üblichen Kriterien der Bewertung von Recht und Unrecht. Die erste Stufe der Zurechenbarkeit und damit der Verantwortlichkeit erfordert nämlich nichts anderes als die Verletzung der generellen Durchschnittsanforderungen und begründet damit den generellen Maßstab der Tatverantwortung, der sich, im Gegensatz zur zweiten Stufe, mit einem den Täter belastenden, rein objektiven "Unwerturteil" begnügt(123).

In derselben Weise wie bei MAIHOFER geht die Mißbilligung anhand des sozialen Maßstabes der ersten Stufe, der Tatverantwortung, der sozialen Verantwortung, dahin, "daß der Täter in der konkreten Situation sich schlechter verhalten hat, als die anderen es getan hätten"(124). Diese generelle Verhaltensanforderung MAURACHs deckt sich hinsichtlich des Aussageinhalts des Unwerturteils über das Verhalten eines Täters mit dem personalen Unrechtsvorwurf MAIHOFERs: Man hätte anders handeln können oder nicht anders handeln können.

---

(123) MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 312 und S. 315.
"Erst das Zurückbleiben hinter den dem konkreten Täter zumutbaren Ansprüchen löst als zweite Stufe der Zurechenbarkeit, das Vorwurfsurteil Schuld aus." Diese zweite Ebene bildet den speziellen Maßstab der "Schuld". MAURACH, a.a.O.

(124) MAURACH, a.a.O., S. 315.

Von Bedeutung für den rechtsfreien Raum ist die Feststellung, "daß auch MAURACH mit seiner Lehre von der Tatverantwortung in der Sache nichts anderes als eine Lehre vom zweiten personalen Kern des Unrechtsvorwurfs entwickelt hat"(125). Während MAURACH seine Rechtsfigur Tatverantwortung "unentschieden 'zwischen' Unrecht und Schuld 'einschaltet'"(126), sie also im Verbrechensaufbau n a c h der Unrechtsstation und v o r der Schuld plaziert, ordnet MAIHOFER dieses "generelle, voluntative Element dem personalen Kern des Unrechts zu"(127). Wie sich diese beiden Meinungen zum funktional "richtigen" Standort verhalten, ist hinsichtlich des rechtsfreien Raumes nicht entscheidend. Wichtig ist allein, daß eine scheinbar rechtlich relevante Handlung im Rahmen der MAURACHschen Tatverantwortungslehre und mit deren Kriterien durchaus als im rechtsfreien Raum liegend erkannt werden könnte, wenn nicht von der Dogmatik und der grundsätzlichen Auffassung vom Recht her der Weg hier formal versperrt wäre. MAURACH nimmt nämlich in seinem System die Unrechtsbewertung bzw. die Rechtswidrigkeitsprüfung bereits eine Stufe vor der Tatverantwortung vor, innerhalb des Bereichs der Rechtswidrigkeit, entsprechend der von ihm vertretenen eingeschränkt objektiven Unrechtsauffassung. Die Tatverantwortungslehre verschließt sich somit letztlich doch der Idee des strafrechtsfreien Raumes(128).

Es stellt sich aber die Frage, ob die Kriterien dieser Tatverantwortungslehre nicht doch in irgendeiner Weise der

---

(125) MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 162.
(126) MAIHOFER, a.a.O.
(127) MAIHOFER, a.a.O.
(128) Ein im übrigen in sich völlig konsequentes Ergebnis, denn MAURACH ist nicht nur ein Vertreter der eingeschränkt objektiven Unrechtslehre, sondern tatsächlich auch ein erklärter Gegner des rechtsfreien Raumes!

Kategorie des strafrechtsfreien Raumes genügen könnten, denn unter formalen Gesichtspunkten scheint diese Lehre doch geeignet, eine Möglichkeit für den strafrechtsfreien Raum offenlassen zu können[129]. Sicherlich wird die Idee des rechtsfreien Raumes nicht entscheidend von formalen Fragen oder von fremden Problemen wie denen des Verbrechensaufbaus beeinflußt. Das allein entscheidende Kriterium des rechtsfreien Raumes bleibt, daß scheinbar rechtlich relevante Handlungen lediglich im Rahmen der eigentlichen, echten Unrechts- oder Rechtswidrigkeitsüberprüfung dem rechtsfreien Raum zuerkannt werden können, nämlich nur dann, wenn eine Verhaltensweise weder als widerrechtlich, verworfen, dem Recht zuwider, rechtswidrig noch als dem Recht-entsprechend, gerechtfertigt, gebilligt, rechtmäßig bewertet werden kann[130], also weder geboten noch verboten werden kann und jede rechtliche Wertung entfallen muß. Wenn sich auch mit der Tatverantwortungsidee gegebenenfalls eine Möglichkeit anbietet, dieses für den strafrechtsfreien Raum entscheidende Kriterium aus dem Bereich der Rechtswidrigkeitsprüfung übernehmen zu können, so stellt das Ergebnis doch lediglich einen Versuch dar, an dogmatisch zu später Stelle einen quasi rechtsfreien Raum zu eröffnen, der im Grunde aber nichts anderes als die nachträgliche Zuweisung einer Verhaltensweise in einen rechts l e e r e n Raum ist. Ist an dieser Stelle doch die nachträgliche Zuweisung in ein Vakuum der Rechtsordnung, in einen rechtsleeren Raum, in das willkürliche Ermessen des Zuweisenden gestellt, nachdem zuvor schon die eigentliche Entscheidung an der Frage der Grenzen des Rechts

---

(129) Es sollen an dieser Stelle nicht Fragen der Abgrenzung zur Schuld und damit zusammenhängende Probleme der Verbrechenslehre angesprochen werden.

(130) Vgl. oben S. 83 f.

orientiert wurde. Es handelt sich dabei um den Versuch, mit den Mitteln des positiven Rechts und aus dem Kosmos des Rechts heraus doch noch eine gerechte "Lösung" zu finden, die aber im Rahmen dieser Arbeit aus prinzipiellen theoretischen Erwägungen bereits verworfen wurde, und die auch in der Praxis an der Variabilität von Ermessensentscheidungen scheitern dürfte.

Wenn also im Rahmen von MAURACHs Tatverantwortungslehre die Feststellung getroffen werden muß, daß es zwar möglich ist, überhaupt die Verfehlung des sozialen (generellen) Könnens bindend zu verneinen, so kann doch mit diesem Kriterium unter den Voraussetzungen dieser Lehre nur eine nachträgliche Zuweisung in einen rechts l e e r e n Raum erfolgen. Denn die Handlung des Täters ist bereits in gleicher Weise als rechtswidrig abgestempelt, wie bei der eindeutigen Aussage über das Vorliegen der Tatverantwortung (der Täter hätte anders handeln können, weil jeder andere Rechtsgenosse in dieser Situation anders gehandelt hätte) oder Nichtvorliegen (der Täter hätte nicht anders handeln können, weil auch jeder andere Rechtsgenosse in dieser Situation ebenso gehandelt hätte) das Unrecht der Tathandlung zuvor schon festgestellt ist[131]. Die ethische Bedeutungsschwere dieses Vorgehens für den Täter rechtfertigt das bisher gewonnene

---

(131) Auf den W e i c h e n w ä r t e r f a l l übertragen heißt das: Die Handlungsweise des Weichenwärters ist hier rechtswidrig (Vgl. S. 96, Anm. 90), die Tatverantwortung entfällt aber, weil der Weichenwärter nicht anders hätte handeln können, denn auch jeder andere Weichenwärter hätte in dieser Situation ebenso gehandelt. Dieses 'ebenso' schließt ein mechanisches Anders-Handeln nicht aus, denn auch das hätte kein 'unrechtfreies' Ergebnis herbeigeführt. Die als rechtswidrig abgestempelte Handlung des Weichenwärters ist also ohne Tatverantwortung, nicht entschuldigt oder straffrei, sondern "ohne rechtliche Konsequenzen" im rechtsleeren Vakuum plaziert.

Ergebnis, daß die Unrechtsbewertungsfrage im Mittelpunkt der Idee des rechts f r e i e n Raumes steht: Es ist überaus unbefriedigend, vor allem vom Standpunkt der Ethik aus, -- und das Recht ist ja ein Ausschnitt aus der Ethik -- wenn dem Täter zwar bescheinigt werden kann, er habe ohne Tatverantwortung gehandelt, ihm aber gleichzeitig die Rechtswidrigkeit, das Unrecht seiner Tat mitbescheinigt werden muß.

Trotz der für die Konstruktion des rechtsfreien Raumes zunächst erfolgversprechenden Tatverantwortungslehre bleibt im Ergebnis festzuhalten, daß die eigentliche Idee des rechtsfreien Raumes nicht beeinflußt wird von dogmatischen Bezeichnungs-, Standort- und Verbrechensaufbaufragen. Die Rechtsfigur des rechtsfreien Raumes wird neben der theoretischen Entscheidung über die ontologischen Kernfragen und die Grenzziehung des Rechtsbereichs auf der Seite der Praxis getragen von der Stellungnahme zu den Problemen von Recht und Unrecht, d.h. von praktischen Kriterien, die die Tatverantwortungslehre nicht oder zumindest nicht mehr liefern kann.

D. Personale Unrechtslehre WELZELs und LAMPEs

Haben die zuvor betrachteten Unrechtslehren die Unrechtsbewertung ausschließlich oder im wesentlichen in objektiver Weise vorgenommen, so verlegt die p e r s o n a l e U n r e c h t s l e h r e [132] der

(132) Deutlicher: "subjektiv"-personale Unrechtslehre im Gegensatz zur "objektiv"-personalen Unrechtslehre. Vgl. oben S. 97, Anm. 92.

Finalisten[133] den Akzent der Unrechtsbewertung auf den subjektiven Bereich. Der Schwerpunkt wird allein auf den Subjekt(akt)unwert, den H a n d l u n g s u n w e r t gerichtet und bestimmt diesen nicht objektiv, sondern primär subjektiv nach Zwecksetzung, Einstellung und Tendenzen des Täters[134]. WELZEL stellt fest, daß nicht die von der

---

(133) Als der Hauptvertreter dieser Unrechtslehre muß WELZEL, etwa in Strafrecht, S. 56 und in Kausalität und Handlung, S. 700 ff. (718, 720), genannt werden. Ausgangspunkt für WELZEL dürfte seine grundsätzliche Ansicht sein, daß bei Delikten ohne eigene spezielle subjektive Unrechtselemente Unrecht nicht nur die objektive Verletzung des Rechtsgutes, sondern sozial-ethisch ein unerträglicher Akt ist. WELZEL sagt damit, daß das Unrecht den subjektiven Tatbestand, gewissermaßen den Vorsatz als generelles subjektives Unrechtselement umfaßt.

Diese Unrechtsauffassung wird weiter vertreten von: Armin KAUFMANN, Bindings Normentheorie, S. 69 ff. und 102 ff. und derselbe in Unterlassungsdelikte, S. 18 ff.; STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 233 ff. und S. 249 f.; NIESE, Finalität, S. 25.
Mit Einschränkungen ferner: GALLAS, Lehre vom Verbrechen, S. 35, 37 ff.; KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 19, 38 ff. und SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, S. 161 ff., der früher aber auch für möglich ansah, das Unrecht allein nach dem Minimum des verbotswidrigen Verhaltens und dem Erfolgsunwert zu bestimmen (S. 197 ff.) und "alle anderen Verbrechensmomente - wenn auch subjektiviert - funktional der Schuld zuzuweisen". Neuerdings vermag er an dieser "extrem funktionalen" Betrachtungsmöglichkeit nicht mehr festzuhalten. Vgl. Unrechtstatbestand, S. 447. SCHMIDHÄUSER sieht einen Unrechtstatbestand, "der außer dem Grundtatbestand an Rechtsgutsverletzung und dem Ausmaß ihrer Verwirklichung (einschließlich des "Erfolges") die Art und Weise der Begehung und etwaige weitere Pflichtverstöße im Willensverhalten erklärt." a.a.O., S. 447.

(134) Es werden auch Begriffe wie Wille, Verwirklichungswille oder Gesinnung gebraucht.

Täterperson inhaltlich abgelöste Erfolgsverursachung das Unrecht erschöpfend bestimmt, denn: "Rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters. ... rechtswidrig ist immer die Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat."(135) Neben der etwaigen Rechtsgüterverletzung wird das Unrecht maßgeblich dadurch bestimmt, welche Zielsetzung der Täter der objektiven Tat zwecktätig gegeben hat, aus welcher Einstellung heraus er sie begangen hat und welche Pflichten ihm dabei oblagen(136). "Unrecht", sagt WELZEL, "ist täterbezogenes 'personales' Handlungsunrecht"(137). Die individuelle Willensrichtung wird zur Feststellung des Unrechtsurteils mit herangezogen. Damit kann eine Verhaltensweise umfassend gemäß ihrem sozialen Bedeutungsgehalt gewertet werden. Nur über die Sicherung elementarer sozialethischer Handlungsunwerte ist der Rechtsgüterschutz erreichbar. Der Realisierung der Sachverhalts- und Erfolgsunwerte wird durch Pönalisierung der Akt-

---

(135) WELZEL, Strafrecht, S. 56.
Zur Kritik dieser Unrechtslehre vgl. insbesondere MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 145 ff. (146); MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 191; KRAUß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert, S. 40 ff.; LAMPE, Das personale Unrecht, S. 78 ff. und S. 212. Insbesondere wurde dieser subjektiven Lehre vom Unrecht angekreidet, daß sie die gesinnungsmäßige Einstellung des Täters zum Kern des Unrechts mache und damit die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld zum Verschwinden bringe und durch den Vorgriff auf den Unrechtsvorsatz zudem zu einer Entleerung des Schuldbegriffs führe. Vgl. Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 174 ff.; derselbe, Die ontologische Struktur der Handlung, Berlin 1966, S. 41 (zitiert nach Schuld und Strafe); MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 191.
(136) WELZEL, a.a.O.
(137) WELZEL, a.a.O.

unwerte entgegengewirkt. WELZEL sieht damit die zentrale Aufgabe des Strafrechts darin, "durch Drohung und Strafe für den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlichen Handelns die unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte sicherzustellen"(138). Wesentlich ist jedoch der Kernsatz, daß "der personale Handlungsunwert der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte ist"(139).

Damit ist das Charakteristische und Wesentliche über diese subjektivistisch ausgerichtete Unrechtslehre, insbesondere hinsichtlich einer Überprüfung für die Idee des rechtsfreien Raumes, gesagt. Die Merkmale, die im Rahmen dieser Lehre über Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung entscheiden, vermögen auch bei scheinbar rechtlich relevanten Verhaltensweisen die Unmöglichkeit zuverlässig herzustellen, über Recht oder Unrecht zu befinden und damit den rechtsfreien Raum zu eröffnen. Der Begriff

---

(138) WELZEL, a.a.O., S. 2.

(139) WELZEL, a.a.O., S. 57. Damit wird die Handlung als alleiniger Träger des strafrechtlichen Unwerturteils angesehen. Auch wird dem Erfolgsunwert hierbei im Unrecht nicht mehr die Funktion eines konstitutiven, sondern die eines limitierenden Elements zuerkannt. Vgl. auch Nicolai HARTMANN, der das entscheidende Gewicht auf die Akte als Träger sittlicher Werte legte. "Die sittlichen Werte haften nicht den gesetzten Zwecken als solchen an, sondern den auf sie gerichteten Akten und letzten Endes dem Subjekt der Akte ... Handlung, Wille, Gesinnung - bis in die innerste, rein gefühlsmäßige Stellungnahme hinein - sind die Träger der eigentlichen sittlichen Werte"; Ethik, S. 186 f.
Auch SCHELERs Unterscheidung bezüglich der verschiedenen Wertträger ist hier bedeutsam: Ihm sind "alle Erfolge des sittlichen Handelns für den sittlichen Wert der Personen, Akte, Handlungen vollständig gleichgültig". (Wertethik, S. 131) SCHELER sprach aber den sogenannten Handlungsunwerten sittlichen Charakter zu und vollzog damit eine scharfe Trennung zwischen Handlungs- und Erfolgswerten. (Vgl. a.a.O., S. 121)

des Handlungsunwerts läßt genügend Spielraum. Verhaltensweisen können subjektiv in der Weise ausgelegt werden, daß sich die Möglichkeit einer rechtlichen Bewertung als "rechtswidrig"oder als "rechtmäßig" endgültig als ausgeschlossen erweisen kann. Sind doch die ausschließlichen Bewertungselemente des personalen Handlungsunwerts: die "Zielsetzung", die der Täter der "objektiven Tat" zwecktätig gegeben hat (Vorsatz als finales Handlungsmoment)(140), die "Einstellung", aus welcher der Täter die Tat begangen hat (besondere "subjektiv-täterschaftliche" Handlungsmomente wie Motiv- und Gesinnungsmerkmale!)(141) und die Pflichten, die dem Täter im Augenblick der Tatbegehung oblagen! Zielsetzung, Einstellung zur Tat und Pflichtverletzung sind Kriterien, die genügend eindeutige Aussagekraft besitzen, um eine Handlung als verwerflich und als unwert bewerten zu können.

Die Verhaltensweise des W e i c h e n w ä r t e r s kann, gleichgültig wie sie ausfallen mag, keinesfalls endgültig als handlungsunwert oder als handlungswert befürwortet werden. Es kann nicht mit letzter Bestimmtheit gesagt werden, die Zielsetzung des Weichenwärters sei verwerflich oder gut, seine Einstellung zur Tat sei niedrig oder edel gewesen. Gleichgültig, ob er den Weichenhebel umlegt, oder ob er es unterläßt, er wird in jedem Falle Menschen i m m e r n u r a u f K o s t e n anderer Menschen retten können. Motiv und Gesinnung des Weichenwärters, sowie die Zielsetzung, die er seiner Handlungsweise zwecktätig gegeben haben mag, sind nicht nur unerklärbar, sondern auch mit rechtlichen Mitteln undeutbar.

---

(140) WELZEL, a.a.O., S. 59.
(141) WELZEL, a.a.O., S. 71 ff. oder in ähnlicher Weise Hellmuth MAYER, der das Verbrechen "wesentlich" als die "Verwirklichung bösen Willens" bezeichnet hat. Strafrecht des deutschen Volkes, S. 95.

Die Idee des strafrechtsfreien Raumes kann durch die Merkmale dieser rein subjektivistisch orientierten Unrechtslehre sehr leicht zur B e d e u t u n g s l o s i g k e i t degradiert werden. Die Gefahr für die Idee des rechtsfreien Raumes verbindet sich mit der generell gegen diese Lehre vorgebrachten Kritik. Wenn bei der Beurteilung von scheinbar rechtlich relevanten Verhaltensweisen den subjektiven Umständen unter Aufgabe des Bezugs zur primären, objektiven Tat ausschließlich die Hauptbedeutung zuerkannt wird, kann sich hieraus durchaus die Gefahr einer ins Unkontrollierbare ausgeweiteten Bewertungsmöglichkeit im Unrechtsbereich ergeben. Sind nicht letztlich Vorstellung und Gesinnung eines Täters doch immer in irgendeiner Weise "rechtlich bewertbar"? Wie schnell ist man versucht, an eine gemeinschaftswidrige Gesinnung "Rechtsfolgen zu knüpfen"! Die weitverzweigte eigenständige Problematik des Gesinnungsstrafrechts, die sich nunmehr andeutet, kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden(142). Wenn die gesinnungsmäßige Einstellung des Täters zur Entscheidungsfrage über Recht und Unrecht erhoben wird, so droht nicht nur die Zerstörung der Trennungslinie zwischen Unrecht und Schuld(143), sondern die bedeutsame Grenze zwischen rechtlich erfülltem und rechtsfreiem Raum kann allzu leicht in gewohnter Gesetzestreue der rechtlichen Willkür, dem subjektiven Ermessen geopfert werden. Und damit sinkt die Idee des rechtsfreien Raumes zur Bedeutungslosigkeit herab.

Trotz dieser Gefahr ist für den rechtsfreien Raum als Ergebnis festzuhalten, daß im Zusammenhang mit der personalen Unrechtslehre ein rechtsfreier Raum zwar möglich und begründbar ist, daß er aber entsprechend dem Grad der Verwässerung der Beziehung zwischen subjektivem Handlungsunwert und Tat an Bedeutung verliert.

---

(142) Vgl. jedoch die Ausführungen oben S. 44 ff.
(143) Vgl. etwa MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 191.

Dieser Gefahr versucht eine neuerdings von LAMPE[144] vertretene modifizierte Auffassung vom personalen Unrecht entgegenzutreten. Sie ist insofern für die Bedeutung des rechtsfreien Raumes von Bedeutung, als eine unkontrollierbare Ausdehnung und Überbetonung des Gesinnungsmoments und des subjektiven Willensinhalts sowie ein mögliches Verschwimmen der Unterscheidungsmerkmale von Unrecht und Schuld und damit die zuvor angedeuteten Gefahren für die Kategorie des rechtsfreien Raumes vermieden werden.

LAMPE greift sowohl auf den Subjekt(Akt)unwert WELZELs als auch auf den Erfolgsunwert der Objektivisten zurück, stellt aber beiden Elementen primär einen sogenannten B e z i e h u n g s u n w e r t voran und verflechtet alle drei Elemente miteinander[145]. Die Erkenntnis, daß die Verletzung des R e c h t s f r i e d e n s sowohl für den Handlungs- als auch für den Erfolgsunwert von eigener Bedeutung ist, wird von LAMPE als jener zentrale Gesichtspunkt herausgearbeitet, der imstande ist, "sämtliche strafrechtlich relevanten Handlungs- und Erfolgsunwerte zum einen in sich aufzunehmen und zum anderen auf einer übergreifenden Ebene zu vereinen"[146]. Die hierdurch mögliche Dreiteilung der Unwerte in Subjekt-, Objekt- und Beziehungsunwerte weicht deutlich vom Standpunkt der Subjektivisten und der Objektivisten ab, die beide nur den Gegensatz von Subjekt- und Objektunwerten anerkennen und den Schwerpunkt jeweils einseitig auf eins der Elemente legen.

---

(144) LAMPE, Das personale Unrecht, insbesondere S. 112 ff.
(145) Vgl. LAMPE, a.a.O., S. 206 ff.; LAMPE geht hierbei von einem genau umrissenen Begriff des "personalen Unrechts" aus: er sieht diesen Begriff als "erkenntnismäßig freien Verstoß der Person gegen die rechtlichen Bindungen, die von Natur aus in ihr enthalten sind". S. 206; vgl. auch S. 199 ff.
(146) LAMPE, a.a.O., S. 211.

LAMPE weist nach, daß Objekt- und Subjektunwerte nur als Beziehungsunwerte bedeutsam sind und weist dem Beziehungsunwert eine Art Bindungsfunktion zu(147). Unmittelbare rechtliche Relevanz wird lediglich dem Beziehungsunwert beigemessen, "der damit allein den wahren Grund für die Beurteilung eines Geschehens als Unrecht abgibt"(148). Als Objektivität und Subjektivität verneinendes Element wird von LAMPE schließlich der über allen menschlichen Beziehungen im Rechtsbereich stehende Rechtsfrieden erkannt und zur zentralen Grundlage seiner Unrechtslehre erhoben(149). Der Täter darf nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn durch seine Pflichtwidrigkeit eine Störung des Rechtsfriedens verursacht wird. Der Inhalt des Beziehungsunwerts wird durch den Bruch des Rechtsfriedens gekennzeichnet, der nach LAMPEs Unrechtslehre der zentrale Gesichtspunkt ist, von dem aus das Unrecht begründet werden muß. Die Inhalte der Handlungs- und Erfolgsunwerte treten demgegenüber zurück, ihnen wird nur eine mittelbare Bedeutung zugemessen(150). LAMPE kommt schließlich

---

(147) a.a.O., S. 213 ff.
(148) LAMPE, a.a.O., S. 216.
(149) a.a.O., S. 217 ff. Die Bedeutung des Rechtsfriedens hat bereits Rudolf von IHERING erkannt: "Im Begriff des Rechts finden sich die Gegensätze: Kampf und Frieden zusammen -- der Friede als das Ziel, der Kampf als das Mittel des Rechts, beide durch den Begriff desselben gleichmäßig gesetzt und von ihm unzertrennlich." In: Kampf ums Recht, S. 1f. Auch COING spricht heute in seiner Rechtsphilosophie von einer Friedensordnung des Rechts. S. 19 f.
(150) LAMPE, a.a.O., S. 223. Er unterscheidet die drei Wertarten des Rechts auch mit folgenden Worten: "Subjektwert ist der Wert desjenigen, der sich personal verhält und dessen Verhalten einer Bewertung unterliegt oder unterliegen kann. Objektwert ist der Wert desjenigen, auf den oder auf das sich ein Verhalten bezieht oder beziehen kann. Beziehungsunwert schließlich ist derjenige Wert, welcher der Beziehung des Subjekts zum Objekt anhaftet." a.a.O., S. 223.

zu dem Ergebnis, daß das Wesen des personalen Unrechts die pflichtwidrige Störung des Rechtsfriedens der Gemeinschaft und stets auf einem Subjektunwert beruhendes Unrecht ist(151).

Für den rechtsfreien Raum ist bei dieser Dreiteilung der Unwerte von Bedeutung, daß nicht jede Bejahung des Beziehungsunwerts zur Unrechtsbegründung einer Handlung genügt, sondern nur derjenige Beziehungsunwert unrechtsbegründend ist, der sich auf einen Subjektunwert stützt. Der Beziehungsunwert muß also ethische Relevanz besitzen und damit Grundlage eines strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsurteils sein können. Fehlt der Subjektunwert, so entfällt das personale Unrecht der Verhaltensweise des Täters. Bei den scheinbar rechtlich relevanten Handlungen verhält sich der Täter zwar personal, sein Verhalten kann aber keiner rechtlichen Bewertung unterliegen. Die ethische Relevanz der Handlung mag in sich beurteilbar sein, Grundlage einer rechtlichen Bewertung kann sie nicht sein.

Die Lösung des W e i c h e n w ä r t e r - F a l l s bestätigt dieses Ergebnis:
Seine Verhaltensweise, mag sie als Handlung oder als Unterlassung ausfallen, stört zwar den Rechtsfrieden der Gemeinschaft, nicht aber in pflichtwidriger Weise. Die Störung des Rechtsfriedens kann weder als pflichtgemäß noch als pflichtwidrig qualifiziert werden. Es ist unmöglich, über den Handlungs- und Beziehungsunwert ein Unrecht begründendes oder verneinendes Werturteil zu fällen. Die Handlung oder die Unterlassung des Weichenwärters kann also im Rahmen dieser Unrechtslehre dem strafrechtsfreien Raum zugewiesen werden.

---

(151) LAMPE, a.a.O., S. 226 f.

Als E r g e b n i s kann festgehalten werden, daß die Unrechtslehren mit rein oder zumindest überwiegend objektivem Inhalt als dogmatische Ausgangsbasis der Möglichkeit eines strafrechtsfreien Raumes keinen Spielraum lassen, während die Unrechtslehren mit überwiegend subjektiver Kennzeichnung dieser Möglichkeit grundsätzlich positiv gegenüberstehen.

2. STANDORT DER RECHTSWIDRIGKEITSPRÜFUNG UND RECHTSFREIER RAUM

Mit der Beantwortung der Frage, welche der vielfältigen Auffassungen vom Unrecht der Idee des rechtsfreien Raumes überhaupt eine Grundlage liefert, ist noch nichts über einen möglichen S t a n d o r t des strafrechtsfreien Raumes im Verbrechensaufbau bzw. über seinen A u s g a n g s p u n k t ausgesagt. Da die Denkfigur des rechtsfreien Raumes bislang von der Lehre noch nicht umfassend und systematisch untersucht worden ist, war es auch noch nicht möglich, die besonderen Fälle des rechtsfreien Raumes systematisch richtig (mit der Idee als solcher vereinbar) einzuordnen.

Geht es doch hier um das sowohl praktische als auch theoretische Problem, ob der Richter den Täter lediglich "entschuldigen" muß oder ob bereits der Tat der Makel der Rechtswidrigkeit genommen werden kann. Neben der eigenständigen Frage der Unrechtsbewertung ist nicht minder von Bedeutung, an welchem Standort im Verbrechensaufbau die Wertung über Recht und Unrecht vorgenommen werden muß oder eben auch nicht vorgenommen werden kann. Es ist von großer Wichtigkeit und Tragweite, an welcher Stelle im Verbrechensaufbau der Richter durch seinen Spruch erklären muß und kann, er sei zu einer Unrechtsbewertung gemäß der Rechtsordnung nicht imstande, er müsse

die ihm zur Entscheidung vorgelegte Verhaltensweise als rechtlich unbewertbar, im rechtsfreien Raum liegend, erkennen und dort einweisen. Erinnert sei, daß eine Verhaltensweise nur dann als im strafrechtsfreien Raum liegend erkannt werden kann, wenn über das Unwerturteil "rechtswidrig" oder das Werturteil "rechtmäßig" nicht mehr befunden werden kann. Die Entscheidung darüber fällt somit innerhalb der Unrechtsprüfungsstation. M.a.W., die Unrechtsüberprüfung, die der Einweisung einer Handlung in den strafrechtsfreien Raum notwendigerweise vorausgehen muß, läßt sich an verschiedenen Stationen vornehmen. Es ist gleichbleibende Voraussetzung, daß ein Ausgangspunkt für den rechtsfreien Raum nur an jenem Standort im Verbrechensaufbau begründet werden kann, w o die echte Wertung über Recht oder Unrecht erfolgt.

In der Lehre besteht keine einhellige Meinung darüber, ob das Unrecht bereits im Tatbestand oder erst eine Stufe später, bei der Rechtswidrigkeitsprüfung materiell bewertet werden soll. Aus diesem Grunde müssen Brauchbarkeit und Auswirkung des rechtsfreien Raumes anhand der verschiedenen möglichen Standorte des Unrechts im Verbrechensaufbau überprüft werden. Ergibt sich gemäß der für einen rechtsfreien Raum sinnvollen und möglichen Inhaltsbestimmung des Unrechtsbegriffs, daß die Rechtsgemeinschaft die Verhaltensweise mißbilligt, so ist das Rechtswidrigkeitsurteil gefällt. Dieses Rechtswidrigkeitsurteil kann grundsätzlich sowohl innerhalb des Tatbestandes als auch von ihm losgelöst, d.h. außerhalb des Tatbestandes in einer eigenen Prüfungsstation abgegeben werden.

A. Wertfreie Tatbestände

Ein Verbrechen ist "die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung"(152). Diese bereits von BELING 1906 geprägte Formulierung des Verbrechensbegriffs wird auch noch heute allgemein anerkannt. Sie muß unserer Untersuchung zugrunde gelegt werden. BELING war es auch, der die grundsätzliche Bedeutung des Begriffs "Tatbestand" als eines der eigenständigen Verbrechensmerkmale erkannt hat(153). Er sah im Tatbestandsbegriff ausschließlich den Inbegriff der Merkmale, die ergeben, um welches Verbrechen es sich typisch handelt(154). Der Tatbestand wurde als "Umriß des Verbrechenstypus" angesehen, der als solcher ein "reiner Begriff ohne selbständige Bedeutung" ist, "der nur den Bezugspunkt für die rechtswidrige, schuldhafte Handlung darstellt und sie damit zum Verbrechen stempelt"(155). Der Tatbestand ist "rein deskriptiv; normative Bestimmungen knüpfen nur an ihn an ... Im Tatbestand selber ist eine rechtliche Bedeutung nicht erkennbar"(156).

Folgerichtig kann sich eine tatbestandsmäßige Handlung sowohl als rechtswidrig als auch als rechtmäßig erweisen, ohne daß von vornherein im Tatbestand darüber bereits eine Aussage erfolgt. Eine Wertung der Tat als rechtswidrig oder rechtmäßig ist in der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nicht enthalten. Jedoch räumt BELING ein, daß die "Tatbestandlichkeit"

---

(152) BELING, Lehre vom Verbrechen, (L.v.V.), S. 7.
(153) BELING, a.a.O., S. 24.
(154) BELING, a.a.O., S. 3.
(155) BELING, a.a.O., S. 110 ff.
(156) BELING, a.a.O.

bei manchen Tatbeständen ein "Indiz"[157], ein "Fingerzeig für regelmäßig gegebene Rechtswidrigkeit"[158] sei. Er erkennt sogar Tatbestände an, "deren Verwirklichung in der Regel auch rechtswidrig ist, aber niemals springt aus der Typizität sofort das fertige Urteil heraus, daß der Täter ungerecht gehandelt habe"[159]. Damit hat BELING ganz klar herausgestellt, daß die rechtliche Wertung nicht im Tatbestand stattzufinden habe. Der Tatbestand ist also ein wertfreier, ein rein beschreibender.

Die für den rechtsfreien Raum wichtige Vorfrage nach Rechtswidrigkeit oder Nichtrechtswidrigkeit wird im Tatbestand nicht beantwortet; dies gilt ungeachtet ihrer Abstammung vom Unrecht[160]. Der von der Feststellung der Unmöglichkeit rechtlicher Wertung abhängige rechtsfreie Raum kann sich also erst nach der Stellungnahme zum Tatbestand eröffnen[161].

An diesem Ergebnis ändert sich bezüglich der dogmatischen Einordnung des rechtsfreien Raumes auch dann nichts, wenn dem Tatbestand Merkmale zuerkannt werden, die nicht rein deskriptiv sind, sondern eine Wertung erfordern, sogenannte normative Tatbestandsmerkmale[162]. M.E. MAYER hielt trotz

---

(157) BELING, a.a.O., S. 163.
(158) BELING, a.a.O., S. 77 und 164 f.
(159) BELING, a.a.O., S. 147 und 162.
(160) Vgl. BELING, Grundzüge, S. 31.
(161) Daran ändert sich auch nichts, wenn "Deliktstypen" und "Leitbilder" einander gegenübergestellt werden. BELING erklärt den Deliktstypus (z.B. Mord, Betrug) als nicht identisch mit dem gesetzlichen Tatbestand (a.a.O., S. 29). Der gesetzliche Tatbestand dagegen sei das Leitbild (a.a.O., S. 25, 29). Das Leitbild entwerfe inhaltlich ein abstraktes Bild eines Lebensvorganges bestimmter Art (a.a.O.). Beim Mord sei das z.B. "Tötung eines Menschen". Die Rechtswidrigkeit kann demnach nur Merkmal des Deliktstypus sein. Vgl. auch GALLAS, Lehre vom Verbrechen, S. 27 f.
(162) Diese Trennung ist auf M.E. MAYER zurückzuführen. Vgl. Strafrecht, S. 9, insbesondere S. 182 f.

dieser Erkenntnis streng am wertfreien Tatbestand fest. Er betrachtete jene Tatbestandsmerkmale als "Fremdkörper" im wertfreien Tatbestand und bezeichnete sie als "unrechte Tatbestandselemente", als "echte Elemente der Rechtswidrigkeit"(163), da Wertungen grundsätzlich in der Rechtswidrigkeit und nicht im Tatbestand erfolgten(164).

Für den rechtsfreien Raum, das sei immer wieder hervorgehoben, eröffnet sich die rechtsdogmatische Existenzmöglichkeit nur bei der Stufe im Verbrechensaufbau, wo die Wertung über Unrecht oder Recht erfolgt. Über das rein rechtstheoretische Für und Wider dieses Standortes soll nichts ausgesagt werden, der rechtsfreie Raum bleibt hiervon unbeeinflußt. Die heute allgemein als "herrschend" angesehene Lehre geht vom wertfreien Tatbestand aus(165). Dem Tatbestand wird eine Indizfunktion für die Rechtswidrigkeit zugesprochen(166).

---

(163) a.a.O., S. 184.

(164) Allein entscheidend sind die Wertungen über den Unrechtsgehalt oder Nichtunrechtsgehalt einer Verhaltensweise eines Täters. Bezüglich der normativen Tatbestandsmerkmale ließe sich einwenden, daß es sich bei einer "Bewertung" dieser Merkmale um eine andere Wertung handle, nämlich eine vom Richter ausdrücklich oder stillschweigend verlangte "Wertausfüllung" vom Gesetzgeber gegebener aber offengelassener Begriffe mit Hilfe der ihm verfügbaren Auslegungsmethoden. Wenn z.B. in § 176 StGB der normative Begriff "unzüchtige Handlung" "bewertet" und ausgelegt wurde, ist hiermit noch kein endgültiges Rechtswidrigkeitsurteil über die Tat gesprochen. Das Rechtswidrigkeitsurteil ist umfassender.

(165) WELZEL, Strafrecht, S. 43 f.; MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 193, 243 ff.; BOCKELMANN, Anmerkung, S. 830; Armin KAUFMANN, Bindings Normentheorie, S. 238 ff.; derselbe, Tatbestandseinschränkung, S. 37; WEGENER, Strafrecht, S. 11; Eberhard SCHMIDT, in von LISZT-SCHMIDT, S. 76 und SCHMIDHÄUSER, Unrechtstatbestand, S. 439 f.

(166) Als Hauptverfechter dieser Lehre von der Indizfunktion des Tatbestandes sind WELZEL, Strafrecht, S. 43 f. und S. 73 und MAURACH, a.a.O., S. 246 f. anzusehen.

Dadurch ändert sich auch nichts für den rechtsfreien Raum, der Tatbestand wird als wertfrei betrachtet. Das Rechtswidrigkeitsurteil wird nach wie vor gesondert in einer weiteren Prüfungsstation gefällt. Der Tatbestand ist die begriffliche Umschreibung möglicher menschlicher Verhaltensweisen, deren Verwirklichung durch die Norm verboten ist. Die Erfüllung des Tatbestandes ergibt eine Normwidrigkeit, die aber nichts über die Rechtswidrigkeit aussagt. Die Rechtswidrigkeit wird als der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzes angesehen(167). Diese Argumentation kommt dem Wesen des rechtsfreien Raumes entgegen: denn das Werturteil über Recht oder Unrecht bezieht seine Kraft aus dem gesamten Rechtsbereich und nicht nur von einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Gerade die Idee des rechtsfreien Raumes zeigt, daß über Recht oder Unrecht einer Verhaltensweise oder über deren Bewertungsunmöglichkeit nur umfassend, losgelöst von speziellen "Merkmalen", im Sinne der Rechtsordnung gewertet werden kann. Das Unrecht einer Handlung kann durch einen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen sein, die Handlung als solche bleibt aber dann nach wie vor als "tatbestandsmäßig" bestehen. Die für den rechtsfreien Raum wichtige Möglichkeit oder Unmöglichkeit der rechtlichen Bewertung findet somit nicht im Tatbestand, sondern an anderer Stelle im Verbrechensaufbau, im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung statt.

---

(167) Vgl. WELZEL, a.a.O., S. 43 f. und S. 73, sowie S. 123, Anm. 115.

B. Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen (L.v.d.n.T.)

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, die den Tatbestand als den Seinsgrund der Rechtswidrigkeit betrachtet, nimmt die Wertung über Unrecht oder Recht einer menschlichen Verhaltensweise bereits im Tatbestand vor(168). Sie ordnet die Merkmale der rechtlich anerkannten Unrechtsausschließungsgründe systematisch dem Unrechtstatbestand als sog. negative Tatbestandsmerkmale bei. Diese Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen sieht den Inhalt des Unrechts in gleicher Weise wie die zuvor erörterte herrschende Lehre: die Rechtswidrigkeit ist gleichbleibend das objektive Unwerturteil der Rechtsordnung über ein tatbestandsmäßiges Verhalten, der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zum objektiven Recht(169). Der Tatbestand wird aber nunmehr in entscheidender Abweichung von der herrschenden Lehre je nach der zu erfüllenden Funktion aufgegliedert(170). Es werden im Hinblick auf das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit zwei Tatbestandsbegriffe, der sogenannte Deliktstypus und der Unrechtstatbestand, streng voneinander abgegrenzt.

Unter dem im Tatbestand angeordneten Deliktstypus wird der "Träger des typischen Strafwürdigkeitsgehalts der jeweili-

---

(168) Diese Lehre geht auf Adolf MERKEL und FRANK zurück; vgl. MERKEL, Lehrbuch, S. 35, 82 und 156 und FRANK, Strafgesetzbuch, S. 139. Heute wird sie insbesondere von Arthur KAUFMANN vertreten: Negative Tatbestandsmerkmale, S. 654, derselbe: Tatbestand, S. 353 ff. und Unrechtsbewußtsein, S. 61. Weitere Vertreter: ENGISCH, Tatbestandselemente, S. 133; MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 149, 155 und 156, Anm. 44; von WEBER, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 186 und 189.

(169) Vgl. Arthur KAUFMANN, Tatbestand, S. 354.

(170) Arthur KAUFMANN, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 656. ENGISCH, Tatbestandselemente, S. 130 ff.

gen Verbrechensart, d.h. der Inbegriff aller - aber auch nur derjenigen Merkmale, die den Strafwürdigkeitsgehalt der jeweiligen Deliktsart bestimmen", verstanden(171). Der Inhalt des Begriffs Delikttypus ist weitgehend identisch mit dem ihm bereits von BELING zugeordneten Gehalt. Dieser Tatbestandsbegriff ist somit nach wie vor wertfrei, in und mit ihm kann -- wie zuvor schon ausgeführt -- die Frage nach Recht, Unrecht oder rechtsfreiem Raum nicht beantwortet werden. Ein Werturteil "rechtswidrig" oder "rechtmäßig" wird durch den Deliktstypus nicht gefällt.

Die Entscheidung über die rechtliche Wertung wird aber mit einem materialen Tatbestandsbegriff, dem sogenannten "Unrechtstatbestand" getroffen(172). Dieser vereinigt "alle Merkmale in sich ..., die zusammen einem menschlichen Verhalten notwendig das Wertprädikat 'rechtswidrig' zukommen lassen". Mit der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes ist notwendigerweise immer und endgültig die Rechtswidrigkeit gegeben(173). Dem Tatbestand werden also jene Elemente zugewiesen, die Gegenstand des Unrechtsurteils sind. Der Tatbestand ist somit vertyptes Unrecht. Man kann z.B. vom "Tötungsunrecht" unter der Voraussetzung sprechen, daß die

---

(171) Arthur KAUFMANN, Tatbestand, S. 355.

(172) Arthur KAUFMANN, Heilbehandlung, S. 224, Anm. 100: Der Begriff "Unrechtstatbestand" wird von Arthur KAUFMANN synonym mit dem Begriff "Verbotsmaterie" verstanden, um gegenüber dem Sprachgebrauch WELZELs abzugrenzen und keine Begriffsverwechslungen aufkommen zu lassen. WELZEL seinerseits gebraucht den Begriff "Verbotsmaterie" nämlich gleichbedeutend mit dem Begriff "Deliktstypus". Vgl. auch Arthur KAUFMANN in: Irrtumsregelung, S. 177.

(173) Arthur KAUFMANN, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 656 und Unrechtsbewußtsein, S. 67; ENGISCH, Untersuchungen, S. 12. Die Rechtswidrigkeitsstation hat nunmehr neben der Tatbestandsmäßigkeit nur noch formelle Bedeutung als "formelle Rechtswidrigkeit", mit der die Strafbarkeit dann als notwendige Bedingung eigens festgestellt

Handlung Unrecht ist. In der Tatbestandserfüllung liegt die "ratio essendi" für die Zugehörigkeit der Tat zum Unrechtstypus. Das ist dann der Fall, wenn der Täter Unrecht verwirklicht hat, dessen Würdigung sich auf alle unrechtsbestimmenden Merkmale positiver und negativer Art erstreckt. Die Folgerung hieraus ist dann der sogenannte Gesamttatbestand: Jedes Merkmal, von dem das Rechtswidrigkeitsurteil abhängt, muß innerhalb des Tatbestandes vorhanden sein. Das Werturteil wird über die Gesamtverhaltensweise gefällt. Alle hierunter fallenden Handlungen sind von der Rechtsordnung mißbilligt, weil sie sozialschädlich sind; sie sind materiell unrecht. Die Verneinung der Rechtswidrigkeit ist nur dann logisch möglich, wenn man der Ansicht ist, daß es bei Vorliegen eines Unrechtsausschließungsgrundes am Gegenstand und am Grund des Rechtswidrigkeitsurteils, also am Tatbestand fehlt(174).

Die logische Folgerung ist ebenfalls, daß der rechtsfreie Raum innerhalb des Tatbestandes in Erscheinung tritt, denn bereits in der ersten Stufe des Verbrechensaufbaus wird nach der L.v.d.n.T. über Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer rechtlichen Bewertung einer Verhaltensweise entschieden. Es wurde gezeigt, daß die Inhaltsmerkmale der Wertungsentscheidungen über Recht oder Unrecht die gleichen sind. Vom jeweiligen Standort, von dem sie der Richter einer Bewertung unterzieht, werden sie in ihrem Inhalt nicht beeinflußt. Ebenso unterliegt die Denkfigur des rechtsfreien Raumes in ihrem materialen Gehalt keiner Beeinflussung,

---

werden muß. Man kann hier von der ratio cognoscendi für die Zugehörigkeit der Tat zur Rechtswidrigkeit im konkreten Fall sprechen. Vgl. auch GALLAS, Lehre vom Verbrechen, S. 23, Anm. 53a.

(174) Arthur KAUFMANN, a.a.O., S. 655 f.

obwohl das rechtliche Werturteil von verschiedenen Standorten aus gesprochen werden kann.

Es ist lediglich an folgende Konsequenzen zu denken: Dadurch, daß innerhalb des Tatbestandes die Frage nach Recht oder Unrecht beantwortet wird und im Falle der Unmöglichkeit einer Wertentscheidung der rechtsfreie Raum sich eröffnen kann, spricht man in diesem Falle nicht von einem rechtsfreien Raum, sondern von einem t a t b e s t a n d s freien Raum. Die L.v.d.n.T. konsequent rechtsdogmatisch angewendet bedeutet doch für den Fall, daß eine Verhaltensweise nicht rechtswidrig ist, daß schon bereits der Tatbestand entfällt. Genauso muß im Falle der Unmöglichkeit einer Wertentscheidung über Recht oder Unrecht nicht nur der rechtsfreie, sondern damit logischerweise auch schon ein tatbestandsfreier Raum gegeben sein(175). Allerdings wird dem materialen Gehalt der Erscheinung des rechtsfreien Raumes mit dieser Konsequenz keine Alternative gegenübergestellt. Der rechtsfreie Raum deckt sich mit dem tatbestandsfreien Raum in jeder Beziehung, lediglich die Bezeichnung ist, der L.v.d.n.T. folgend, eine andere(176).

Mit der Unmöglichkeit der Unrechtstatbestandsbewertung, die gleichzeitig die Unmöglichkeit der Rechtswidrigkeitsbewertung ist, eröffnet sich schon am frühen Standort des Tatbestandes ein strafrechtsfreier Raum, der zwar auch als tatbestandsfreier Raum bezeichnet werden kann, der aber materiell

---

(175) Vgl. Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 45 f., der diese Schlußfolgerung konsequent einhält.

(176) Die Bezeichnung r e c h t s f r e i ist m.E. aber eindeutiger und treffender als t a t b e s t a n d s f r e i und sollte deshalb bevorzugt werden.

betrachtet mit dem strafrechtsfreien Raum identisch ist. Für die Kategorie des rechtsfreien Raumes als solche ist es ohne Bedeutung, aus welcher Richtung, von welchem dogmatischen Standort aus zu ihr vorgedrungen wird.

Als E r g e b n i s muß festgehalten werden, daß der rechtsdogmatische Ausgangspunkt für den strafrechtsfreien Raum verschiedene Standorte im Verbrechensaufbau einnehmen kann, und sich zwangsläufig nach dem Standort der Rechtswidrigkeitsprüfung ausrichtet. Diese Besonderheit und dieses Ergebnis sind aber ohne Einfluß auf Voraussetzung, Wesen und Bedeutung des rechtsfreien Raumes an sich. Die Bestimmung des Ausgangspunktes für den rechtsfreien Raum ist also lediglich eine rein rechtsdogmatisch interessierende und den Verbrechensaufbau betreffende V o r frage.

C. Gedanken zur Abgrenzung des strafrechtsfreien Raumes von der Schuld

Im Verlaufe der rechtsdogmatischen Untersuchungen hat sich immer mehr die Frage in den Vordergrund geschoben, ob die Rechtsfigur des strafrechtsfreien Raumes unwiderruflich an den zuvor bestimmten Standort im Verbrechensaufbau, unwiderruflich an diejenige Stufe im Deliktsaufbau gebunden ist, auf der die Bewertung über Recht oder Unrecht vollzogen wird, oder ob entgegen den bisherigen Erkenntnissen dieser Untersuchung die Entscheidung über den rechtsfreien Raum nicht doch auch andere Stufen des Verbrechensaufbaus, wie S c h u l d oder auch Strafbarkeit, betreffen kann. Die Denkfigur des rechtsfreien Raumes hat sich bei der vorangegangenen Standortuntersuchung immerhin als so "beweglich" erwiesen, daß sie -- rein rechtsdogmatisch betrachtet --

sowohl im Tatbestand als auch bei der Rechtswidrigkeit angeordnet werden konnte.

Die Frage des rechtsdogmatischen Standortes des strafrechtsfreien Raumes ist aber mehr oder weniger lediglich ein formales Problem und abhängig vom Inhalt der möglichen Unrechtsbewertung einer Handlung. Denn je nachdem, ob der echte Unrechtsgehalt nach der Lehre von den wertfreien Tatbeständen in einer eigenen Rechtswidrigkeitsstation oder nach der L.v.d.n.T. bereits im Tatbestand bewertet wurde, orientierte sich auch der Ausgangspunkt des strafrechtsfreien Raumes entsprechend. Das allein entscheidende Kriterium für die Möglichkeit des strafrechtsfreien Raumes blieb, daß scheinbar rechtlich relevante Handlungen nur im Rahmen der eigentlichen, echten Unrechts- oder Rechtswidrigkeitsprüfung dem rechtsfreien Raum zugewiesen werden können. Die Idee des strafrechtsfreien Raumes wird also sicherlich nicht entscheidend von formalen Fragen oder verschiedenen Modalitäten des Verbrechensaufbaus beeinflußt.

Es ist aber an die theoretische Möglichkeit zu denken, die Kriterien einzelner Stufen des Verbrechensaufbaus ganz oder teilweise zu vertauschen oder zu verschieben, und damit bestimmende Akzente und charakteristische Aussagen neu zu setzen. Das würde bedeuten, daß eine Neuordnung der Stufen des bisher anerkannten Verbrechensaufbaus vorgenommen werden müßte, m.a.W. eine "neue" Verbrechenslehre entwickelt werden müßte. Nur unter diesem Aspekt würde die Standortfrage -- aber auch nur die Standortfrage -- des strafrechtsfreien Raumes ebenfalls neu zu überprüfen sein. Denn das Wesen des rechtsfreien Raumes bliebe auch unter diesem Gesichtspunkt unberührt.

Theoretisch bietet sich die Möglichkeit, den Verbrechensaufbau etwa kausal, final, sozial oder symptomatisch ein-

zuteilen und materiell das Gewicht einzelner Kriterien beliebig an verschiedenen Standorten anzuordnen und zu verteilen. Die einzelnen Stationen des dreistufigen Verbrechensaufbaus Tatbestand - Rechtswidrigkeit - Schuld stellen schließlich zunächst nur wenig aussagende Bezeichnungen dar; und die einzelnen Kriterien sind letztlich manipulierbar. Hierbei kann im Extremfall dann eine "Übergewichtigkeit" der einen Stufe auf Kosten der "Entleerung"(177) einer anderen durchaus erzielt werden.

Diese Probleme können schließlich auch für das Wesen des rechtsfreien Raumes bedeutsame Folgen haben. Das hat sich bei der Behandlung der einzelnen Unrechtslehren und im Zusammenhang mit der Erörterung der Tatverantwortungslehre MAURACHs gezeigt. Aus der Sicht dieser Arbeit stellen sich die angedeuteten grundsätzlichen Probleme "nur" als Fragen der A b g r e n z u n g Rechtswidrigkeit - Schuld dar. Eine eingehende Behandlung dieser Fragen würde eine genaue Untersuchung des Schuldbegriffs voraussetzen und damit über den Rahmen und die Möglichkeiten dieser Arbeit hinausgehen. Die interessanten Fragen, welche Bewertung im Rahmen der Schuld vorgenommen werden kann und muß und welche Beziehung zu Wesen und Kriterien des strafrechtsfreien Raumes besteht,

---

(177) Es sei beispielsweise nur an das in der Literatur immer wieder heftig diskutierte Problem der "Entleerung des Schuldbegriffs" erinnert! Vgl. S. 112, Anm. 135 der Arbeit und Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 176 ff. Hier ist natürlich an die theoretische Möglichkeit der "Entleerung der Rechtswidrigkeit", also einer Entleerung in umgekehrter Richtung, m.a.W. einer "Auffüllung" des Schuldbegriffs gedacht. Zur Frage der Abgrenzung Unrecht-Schuld vgl. noch SCHMIDHÄUSER, Unrechtstatbestand, S. 433 ff.

müssen hier offen bleiben(178)

Somit sind im Zusammenhang mit der Frage der Abgrenzung nur die bisher gewonnenen, materiellen Wertungsmöglichkeiten innerhalb des Unrechts verwertbar. Denn nur diese entscheiden, ob eine menschliche Verhaltensweise in den strafrechtsfreien Raum fällt oder nicht. Für die Problematik der Arbeit

---

(178) Dieser Ausblick mag noch durch den folgenden Gedanken bereichert werden:
Die der Untersuchung zugrundeliegenden Notstandsfälle wurden eingangs der Arbeit in drei charakteristische Gruppen unterteilt. Nur die Fälle der dritten Gruppe, z.B. der Weichenwärter-Fall, waren geeignet, mit der Kategorie des strafrechtsfreien Raumes gelöst zu werden. Dagegen wurde bei den Fällen der zweiten Gruppe, z.B. dem Brett-Fall des KARNEADES, in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht eine Lösung mit Mitteln der Rechtsordnung, z.B. mit Hilfe der Konstruktion der Zumutbarkeit, für gerecht angesehen. Sie mußten daher vom Thema dieser Arbeit abgegrenzt werden. Ob dies aber unbestreitbar richtig ist, daran läßt sich zumindest aus grundsätzlichen ethischen Erwägungen zweifeln.
Ist in den Fällen der zweiten Gruppe wirklich eine "Abwägung" -- noch dazu mit dem Opfer des eigenen Lebens als Alternative -- anders zu beurteilen als in denen der dritten Gruppe? Geht eine solche "Abwägung" mit den juridischen Mitteln der Zumutbarkeit nicht auf Kosten der Gerechtigkeit? Genau wie in den Fällen der dritten Gruppe ist eine Abwägung dann nicht möglich, wenn jeweils zwei sich gegenüberstehende Gruppen von Menschen als alternative Komponenten gesehen werden. Sind es in der dritten Fallgruppe zwar zwei Gruppen "fremder" Menschen, über deren Schicksal ein Außenstehender als Täter entscheiden muß, so sind es in der zweiten Fallgruppe ebenfalls zwei Gruppen, wobei sich aber auf der einen Seite zufällig der "Notstandstäter" befindet. Die Frage ist, ob die Ausgangsposition des Täters ein derart gewichtiger Unterschied sein kann, daß diese Handlung nicht in den rechtsfreien Raum eingewiesen werden könnte. Welche Gruppe Menschen vom Täter getötet wird und getötet werden muß, dürfte genau genommen nicht entscheidend für die Bejahung eines strafrechtsfreien Raumes sein. Ist es in diesen Fällen wirklich etwas anderes, so könnte man doch fragen, wenn der Täter sich selbst tötet (opfert), oder wenn er irgend einen anderen Menschen tötet?

bedeutet das: allein entscheidendes Kriterium bleibt, daß scheinbar rechtlich relevante Handlungen nur dann dem strafrechtsfreien Raum zuerkannt werden können, wenn die Verhaltensweise im Rahmen der von ihrem Standort unabhängigen Unrechtsüberprüfung weder als rechtswidrig noch als rechtmäßig bewertet werden kann.

3. EIGENBERECHTIGUNG DES STRAFRECHTSFREIEN RAUMES

Letztlich bleibt die wichtige Frage zu beantworten, ob dem strafrechtsfreien Raum eine E i g e n b e r e c h t i g u n g neben rechtswidrigen und rechtmäßigen Handlungen zuerkannt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich zwangsläufig aus den Erkenntnissen, die zuvor gewonnen wurden. Auf der Grundlage dieser bisher erarbeiteten Ergebnisse erfährt die Denkfigur des rechtsfreien Raumes ihre reale Berechtigung im Strafrecht in gleicher Weise wie etwa die Rechtswidrigkeit und die Rechtfertigungsgründe. Einerseits richtet sich diese Denkfigur nach dem Inhalt des Unrechtsurteils und nach dem Standort der Rechtswidrigkeitsprüfung aus, andererseits stehen sowohl verschiedene Interpretationen des Unrechtsinhalts(179) als auch verschiedene Standorte der Unrechtsprüfung im Verbrechensaufbau der Annahme eines eigenständigen rechtsfreien Raumes -- grundsätzlich -- nicht entgegen. Der rechtsfreie Raum wird somit durch vielerlei rechtsdogmatische Aspekte als eigenständige Kategorie geprägt, er hat, mit einer rechtsphilosophischen Begründung versehen, auch einer rechtsdogmatischen Überprüfung standgehalten.

---

(179) Wiederholt sei an dieser Stelle, daß einige Unrechtslehren mit objektiver Ausrichtung einer sinnvollen Erklärung des rechtsfreien Raumes entgegenstehen.

Trotz dieser zwingenden Ergebnisse wird in der Rechtsprechung die Denkfigur des rechtsfreien Raumes nicht als eigenständige Kategorie anerkannt, ja kaum einmal als solche erwähnt. Dabei würde sich die Rechtsprechung weder gegen das Gesetz noch gegen die Rechtsordnung stellen(180), wenn sie den rechtsfreien Raum als solchen eindeutig akzeptieren und bei Beurteilung von vorliegenden Lebenssachverhalten mit in den "juristischen Lösungskatalog" aufnehmen würde. Denn nach Überprüfung eines scheinbar rechtlich relevanten Sachverhaltes und der Feststellung, daß es anhand rechtlicher Maßstäbe unmöglich ist, die Handlung als rechtswidrig oder als rechtmäßig zu bewerten, ist der Lebenssachverhalt als im rechtsfreien Raum geschehen zu kennzeichnen oder zu bezeichnen. Damit wird dem Täter von der Rechtsprechung bestätigt, daß sich der scheinbar rechtlich relevante Lebenssachverhalt außerhalb der Einflußsphäre des Rechts, im strafrechtsfreien Raum abgespielt hat. Das heißt aber auch, daß kein Rechtfertigungsgrund gegeben sein kann(181).

Inzidenter wird damit vom Richter festgestellt: "Ich als Richter kann diese Handlung nicht als 'rechtswidrig' bezeichnen. Ich kann sie aber auch nicht als 'rechtmäßig' oder als 'gerechtfertigt' ansehen." Der Richter trägt damit der Eigenberechtigung des strafrechtsfreien Raumes und der Tatsache Rechnung, daß die Rechtsordnung und die Gesetze diese Handlung zwar nicht zu billigen, aber auch nicht zu mißbilligen vermögen. Es erfolgt praktisch eine eigenständige Neutralitätserklärung des Rechts durch den Spruch des Richters. Der Rechtsbereich endet dort, wo die eigenständige Kategorie des rechtsfreien Raumes beginnt.

---

(180) Gesetz und Rechtsordnung (Recht) werden hier nicht als Einheit betrachtet.
(181) Vgl. Arthur KAUFMANN, Gedanken, S. 322.

A. Das Verhältnis des Begriffs "rechtsfrei" bzw. "unverboten" zu den Begriffen "rechtswidrig" und "rechtmäßig".

Die Erkenntnis, daß es neben den juristischen Alternativen "rechtmäßig" und "rechtswidrig" eine eigenständige Kategorie "unverboten" bzw. "rechtsfrei" als Bezeichnung für den strafrechtsfreien Raum gibt, sagt noch nichts über das Verhältnis dieser drei Begriffe zueinander. In der Literatur kommt es immer wieder vor, daß nicht drei eigenständige Begriffe erkannt werden, sondern nur zwei als kontradiktorisches Begriffspaar behandelt werden.

Keinesfalls darf man in den Irrtum verfallen, die Kategorie "unverboten" mit "rechtlich erlaubt" gleichzusetzen; das hieße nämlich, den rechtsfreien Raum mit rechtlicher Wertung ausfüllen und ihm damit die Grundlage entziehen. BINDING bezeichnete diese Identifizierung als eine "unschöne Verwechslung"(182), NAGLER erkannte es als eine "schwerbegreifliche Merkwürdigkeit" der Lehre, daß der "naive Satz, was nicht verboten ist, ist erlaubt"(183), immer wieder vertreten wird. Es handelt sich hier um eine Sphäre, die a priori überhaupt nicht rechtlich bewertbar oder normierbar ist, weder positiv noch negativ, die also auch nicht als "rechtlich erlaubt" betrachtet werden kann, etwa nach dem Motto: Was nicht verboten ist, ist erlaubt.

Wenn die Denkfigur des rechtsfreien Raumes überhaupt bejaht wird, m.a.W., die Möglichkeit besteht, daß sich Lebenssachverhalte von vornherein der rechtlichen Normierung entziehen oder Handlungen im nachhinein nicht rechtlich bewertet werden

(182) Normen, S. 105, Anm. 14.
(183) Rechtswidrigkeit, S. 340.

können[184], so bedeutet das noch lange nicht, daß "eine solche Handlung sittlich einwandfrei und also erlaubt wäre. Es ist gerade Sinn der Denkfigur des rechtsfreien Raumes, daß die sittliche Wertung unberührt bleibt"[185]. Es ist keineswegs so, daß alles, was nicht bei Strafe verboten ist, erlaubt ist und alles, was man nicht tun darf, schwarz auf weiß verboten ist.

Es handelt sich bei dieser Behauptung um einen Grundsatz der formalen, klassischen L o g i k , um das tertium non datur, in seiner vorbehaltslosen Übertragung auf den Kosmos des Rechts. Dabei werden vor allem die unterschiedlichen ontologischen Voraussetzungen der beiden Wissenschaften außer acht gelassen. Die formale, klassische Logik gründet auf "der Ontologie einer an sich seienden fertigen Welt"[186], und nur auf diese Weise gelangt sie zum Entweder-Oder der Gegensatzpaare "wahr"-"falsch", "rechtmäßig"-"rechtswidrig", "verboten"-"unverboten" bzw. "erlaubt"-"verboten". Die Definition der Wahrheit als "adaequatio rei et intellectus" ist aber eine Hypothese, die die Geschlossenheit der gesamten Rechtsordnung zur Folge hätte und schon aus diesem Grunde für das geltende Verständnis vom Recht gegenstandslos ist. Die von allen Unsicherheitsfaktoren freie Erkenntnis des Unbedingten und Wahren ist uns, wie die vorausgegangenen Ausführungen zeigten, nicht gegeben.

Und selbst wenn man von der Annahme einer geschlossenen Regelung ausginge, in der von jeder Handlung gesagt werden kann, ob sie erlaubt oder verboten, rechtens oder nicht

---

(184) Was im Ergebnis auf das gleiche herauskommt; die unterschiedliche Formulierung ist nur vom zeitlich verschiedenen Betrachtungsstandpunkt zu erklären.
(185) Arthur KAUFMANN, Gedanken, S. 322.
(186) Vgl. PHILIPPS, Rechtliche Regelung, S. 317.

rechtens ist, müßte der Satz vom ausgeschlossenen Dritten versagen. Ausführlich werden diese Zusammenhänge bei PHILIPPS(187) am Verhältnis von Erlaubnis und Verbot in Gestalt von Regel und Ausnahme dargelegt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der in Frage stehende normlogische Schluß für die Jurisprudenz wertlos sei, "weil er das Wesen der Rechtsnorm in jeder der möglichen Betrachtungsweisen verfehlt: im Hinblick auf den Wertcharakter der Norm, woraus sich die Sinndifferenz ergibt, daß die Handlung grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt ist, und im Hinblick auf die Existenz der Norm, woraus sich der rechtstechnische Unterschied ergibt, daß man zwar aus dem Fehlen der ausnahmsweise gesetzten Erlaubnis auf das Verbotensein der Tat schließen kann, nicht aber umgekehrt aus einem fehlenden Verbotensein auf das Erlaubtsein. Denn die einzelnen Möglichkeiten des Verbotenseins der Tötungen ergeben sich erst aus dem Fehlen des Erlaubtseins; sie sind nicht für sich gesetzt und können daher auch nicht für sich als fehlend vorgestellt werden."(188) Das Gesetz der Kommutativität wäre hier nicht anwendbar, und das tertium non datur würde versagen.

Der Gegensatz von "erlaubt"-"verboten" oder "rechtmäßig"-"rechtswidrig" kann also nach alledem kein kontradiktorischer in dem Sinne sein, daß die eine Behauptung über den Gegenstand die Verneinung der anderen ist; sondern es handelt sich hier um ein konträres Begriffspaar, welches eine d r i t t e M ö g l i c h k e i t "rechtlich neutral", "unverboten" oder "rechtsfrei" keineswegs ausschließt.

Die moderne intuitionistische, effektive Logik wird dem positiven und lückenhaft unfertigen Charakter des Rechts schon

---

(187) Rechtliche Regelung, S. 317 ff. und S. 321 f. und Sinn und Struktur, S. 195 ff. und S. 210.
(188) PHILIPPS, Sinn und Struktur, S. 210 f.

von vornherein dadurch besser gerecht, daß sie die ontologische Voraussetzung der traditionellen Logik aufgibt und damit auch nicht mehr an die Zweiwertigkeit in bezug auf den Wahrheitsbegriff gebunden ist. "Oberhalb der klassischen Normmodi (Permission und Obligation) eröffnet sich jetzt in Gestalt doppelt negierter Erlaubnisnormen(189) die Möglichkeit, daß ein Verhalten weder erlaubt noch unerlaubt ist. Jede Handlung, die weder zum Tun noch zum Unterlassen hin erlaubt ist (wozu a maiore ad minus auch alle gebotenen und verbotenen Handlungen gehören) fällt in diesen Bereich"(190).

Um den scheinbaren Widerspruch der beiden Möglichkeiten, nämlich, daß etwas unerlaubt ist, ohne deshalb verboten zu sein, sprachlich einführen zu können, transponiert PHILIPPS das Problem auf die Ebene der sogenannten Metasprache, "die ihrerseits das normative System mit seinen Eigenschaften zum Gegenstand hat" und sagt über Gebot und Verbot auf dieser Ebene, daß sie dann in jenen normativen Bereich fielen, "aus dem sich weder eine Freistellung, noch eine Erlaubnis herleiten läßt. Auf der Ebene des Normsinnes bedeutet das, daß die Tat weder geboten noch verboten ist."(191)

Trotz der Erkenntnis der Unmöglichkeit der Faßbarkeit und Herleitbarkeit dieser Vorgänge innerhalb des Systems des Rechts ist PHILIPPS der Meinung, daß es sich hier um Regelungslücken handle, die "innerhalb der klassischen Spannweite des Rechts vom Geboten- oder Verbotensein zum Erlaubtsein"(192) angesiedelt seien; und folglich siedelt er auch den rechtsfreien Raum innerhalb des "Sinnganzen des Rechts"

---

(189) Zum Problem der doppelt negierten Erlaubnisnormen vgl. PHILIPPS, a.a.O., S. 203, 212 f.,
(190) PHILIPPS, a.a.O., S. 213.
(191) PHILIPPS, a.a.O., S. 215 und S. 205.
(192) a.a.O., S. 215.

an. - "Der rechtsfreie Raum ist der normative Bereich des Unverbotenen, für das sich dennoch keine Erlaubnis herleiten läßt oder -- gleichwertig -- der Bereich des Nicht-Unerlaubten, das gleichwohl nicht erlaubt ist."(193)

Aus der von PHILIPPS bezogenen Stellung ist der logische Schluß auf den innerrechtlichen Standort des rechtsfreien Raumes sicherlich sehr naheliegend. Aber es drängt sich die Vermutung auf, daß die Logik die Sicht auf die umfassenderen Zusammenhänge verdeckt. Ist es nicht eine einseitige Überbewertung, wenn man das Recht ausschließlich methodologisch als Normwissenschaft betrachtet, worüber dann der kulturwissenschaftliche Aspekt, der sich aus seinem Gegenstand, dem sozial-ethischen Bereich der menschlichen Lebensverhältnisse, ergibt, völlig vernachlässigt wird? Und verdeckt nicht auch hier der Erkenntnisweg, über den die logischen Zusammenhänge der Normstruktur ins Bewußtsein treten, den Geltungsgrund des Rechts? Die Normen sind doch nur Mittel zum Zweck der Verwirklichung der eigentlichen Rechtsidee, und sie müssen zwangsläufig in dem Moment ihre Funktion einbüßen, wo die Verwirklichung dieser Idee schon am Können scheitert, d.h. wo das Sollen keine Verpflichtungskraft mehr besitzt. Es ist doch ein anerkannter Grundsatz, daß der Verwirklichung der Rechtsidee und damit dem Geltungsbereich der Normen eine unverrückbare Grenze durch das Können gesetzt ist(194). Die methodologischen Überlegungen über den Standort des Unerlaubten bzw. Unverbotenen erübrigen sich auf jeden Fall in dem Moment, wo ein Verhalten sich nicht mehr in den durch den Zweck des Rechts gesetzten Rahmen fügt, ja durch seine besondere Natur von vornherein außerhalb des Rechtsbereichs lokalisiert ist.

---

(193) a.a.O., S. 205.
(194) Vgl. MAIHOFER, Unrechtsvorwurf, S. 152 ff.; ferner oben 1.Abschnitt, V, B.

Wollte sie jedoch in dem Streit zwischen Sitte, Moral und Recht wertend mitreden, so könnte die Rechtsordnung "immer nur die Partei des Rechts nehmen, das ihr zum Gegenstand gegeben ist, niemals aber ein unparteilicher Richter über den Streitteilen sein"(195). Und gerade im Falle des rechtsfreien Raumes müßte Unparteilichkeit oberstes Gebot sein.

Es ist also festzuhalten, daß der im oben geschilderten Sinne außerhalb des Bestimmungs- und Bewertungsbereichs des Rechts lokalisierte rechtsfreie Raum als dritte Möglichkeit neben die Alternativen "rechtswidrig" und "rechtmäßig" treten kann, ohne daß Argumente der Logik dabei hinderlich wären(196).

B. Einwände gegen die Alternative "rechtsfrei"

Die Möglichkeit einer solchen dritten, neutralen Kategorie wird häufig auch aus anderen Gründen bestritten. Doch sind die dabei verwandten Argumente nicht immer stichhaltig. So geht z.B. HORN(197) von falschen Vorstellungen aus, wenn er der Annahme dieser dritten, zusätzlichen Kategorie mit der Begründung entgegentritt, man glaube sich zu ihrer Annahme nur deshalb gezwungen, "um das zu kennzeichnen, was zwar nicht gerade rechtswidrig, aber auch in irgend einer Hinsicht

---

(195) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 175.
(196) Vgl. auch: BIENENFELD, Haftung, S. 431, der Rechtmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Wertfreiheit unterscheidet; Graf zu DOHNA, Rechtswidrigkeit I, S. 306; insbesondere auch GALLAS, Strafbares Unterlassen, S. 652 und 654, Anm. 43.
(197) Untersuchungen, S. 24; vgl. auch MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 250 und oben S. 136 ff.

nicht ganz als billigenswert empfunden wird". Obwohl HORN von einer "dritten Möglichkeit" ausgeht, unterliegt er dem Irrtum, auf den zuvor hingewiesen wurde: er beschränkt das Problem auf den bloßen Unterschied "rechtmäßig" und einen Zustand "Nicht-Recht". So muß HORN auch zu dem Ergebnis kommen, daß "Wertungen unter anderen, nicht juristisch faßbaren Gesichtspunkten ... außer Betracht bleiben müssen"(198). Natürlich müssen im Recht abstrakte außerrechtliche, sittliche wie moralische Wertungen außer acht bleiben. Bekanntlich finden sie nur "auf dem Rücken der Tat" Eingang in die Rechtsordnung. Aber es ist gerade das Anliegen der Kategorie des rechtsfreien Raumes, zu verhindern, daß sich die Rechtsordnung willkürlich außerrechtliche Wertungen zu eigen macht. HORN mißversteht den Wertungsbegriff als solchen, wenn er die Zuweisung in den rechtsfreien Raum als Wertung betrachtet, obwohl innerhalb des rechtsfreien Raumes nicht rechtlich gewertet werden kann, wie es bei den Alternativen rechtswidrig und rechtmäßig geschieht.

Auch Hellmuth MAYER(199) lehnt die "Dreizahl rechtmäßig, unverboten, verboten" ab und befürwortet dagegen den ausschließlichen Gegensatz von "verboten" und "unverboten".

---

(198) a.a.O.

(199) Strafrecht, S. 156.
Ähnlich wie Hellmuth MAYER entscheiden sich unter Gleichsetzung von unverboten und rechtmäßig:
v. HIPPEL, Strafrecht, S. 189 f.; Eberhard SCHMIDT, in von LISZT-SCHMIDT, § 32 Anm. 17; von WEBER, Notstandsproblem, S. 3 und S. 35; MEZGER, Lb S. 163; NAGLER, Rechtswidrigkeit, S. 340; MAURACH, Kritik, S. 85 ff.; HENKEL, Notstand, S. 93.
Zwischen unverboten und rechtmäßig unterscheiden:
BINDING, Normen, S. 105 und S. 291; OETKER, Notwehr, S. 367 f.; BELING, Lehre vom Verbrechen, S. 168 f.

Unter "unverboten" versteht Hellmuth MAYER, "daß weite Bereiche menschlichen Handelns strafrechtlich überhaupt nicht geregelt sind!"(200) Er spricht also trotz dieser Zweiteilung zweifellos einen rechtsfreien Raum an. Auf die dritte Kategorie "rechtmäßig" kann aber dennoch nicht verzichtet werden, weil es sehr wohl Handlungen gibt, die vom Recht geradezu erwünscht, wenn auch nicht geboten sind(201). Diese Verhaltensweisen stehen in vollem Einklang mit der Rechtsordnung und den Grundforderungen des menschlichen Zusammenlebens. Sie sind rechtlich bewertbar, sie können gerechtfertigt werden.

Letztlich muß noch auf ein Argument eingegangen werden, das Veranlassung gibt, sich auf den Ausgangspunkt dieser Untersuchung und auf das Wesen des rechtsfreien Raumes überhaupt zu besinnen. Die Existenz eines strafrechtsfreien Raumes (bzw. "unverbotener" Handlungen) wird oft mit dem Einwand bestritten, daß es als ein eigenständiger, i n n e r j u r i d i s c h e r W e r t u n g s v o r g a n g verstanden werden müsse, wenn die Rechtsordnung hin und wieder eine "Neutralitätserklärung abgebe", die "Normen zurückziehe" oder zu "gewissen Vorgängen überhaupt keine Stellung nehme". MAURACH(202) bejaht zwar die Möglichkeit "unverbotener" Handlungen, ist aber der Meinung, es handle sich dabei um "eine Neutralitätserklärung nach erfolgter Wertung". MAURACH spricht deutlich aus, daß er diese Wertungen "nicht gleichbedeutend

---

(200) Hellmuth MAYER, a.a.O.
(201) Vgl. ENGELHARD-RADBRUCH, Strafrecht, S. 17 ff.; HOLD v. FERNECK, Rechtswidrigkeit, S. 223 unterstreicht, daß der Unterschied erlaubt-unverboten nicht in Betracht kommt.
(202) Kritik, S. 30 f.; MAURACH hat seine 1935 begründete Auffassung von der unverbotenen Handlung inzwischen aufgegeben.

mit dem Entweder-Oder der Rechtmäßigkeit oder Widerrechtlichkeit" ansehe, und widersetzt sich der Gleichsetzung von "unverboten" und "rechtsfreiem Raum"(203). Er stellt sich mit seinen Ausführungen ausdrücklich in Gegensatz zu Erich KAUFMANN(204) und SIEGERT(205), wenn er die Behauptung aufstellt, Handlungen, die "sich sozusagen im rechtsleeren Raum abspielten", widersprächen "der Tendenz und der guten Befugnis des Rechts, sich die Wertung aller relevanten Handlungen und Ereignisse vorzubehalten"(206).

Neuerdings hat auch LENCKNER(207) einen ähnlichen Standpunkt, wie MAURACH schon 1935, eingenommen und sowohl die Existenz eines rechtsfreien Raumes(208) als auch unverbotener Handlungen(209) verneint. LENCKNER setzt "unverbotene" Handlungen den "rechtmäßigen" gleich(210). Leider ist nicht klar ersichtlich, ob LENCKNER den rechtsfreien Raum ("die Rechtsordnung zu gewissen Vorgängen überhaupt keine Stellung nimmt") mit den unverbotenen Handlungen ("neutral erklärt") gleichsetzen will, da er einmal die Begriffe scharf trennt und in Gegensatz stellt(211), später aber beide Begriffe gleichbedeutend gebraucht(212). LENCKNER ist wie MAURACH

---

(203) a.a.O., S. 30, Anm. 137.
(204) Wesen des Völkerrechts, S. 121. Erich KAUFMANN vertritt die Auffassung, daß die Rechtsordnung zu bestimmten, zwar durchaus rechtserheblichen Handlungen (Notstand) keine Stellung zu nehmen habe.
(205) Notstand, S. 33. Er bezeichnet bestimmte Notstandshandlungen als im "wertungsfreien Raum liegend", "wie die meisten Handlungen des täglichen Lebens, über welche die Rechtsordnung keine Wertung ausspricht". SIEGERT setzt die rechtsfreie Handlung der unverbotenen gleich.
(206) MAURACH, Kritik, S. 30.
(207) Der rechtfertigende Notstand, S. 15 ff.
(208) LENCKNER, a.a.O., S. 18 f.
(209) a.a.O., S. 21 f.
(210) a.a.O., S. 22.
(211) a.a.O., S. 18; auch Anm. 49.
(212) a.a.O., S. 25.

der Auffassung: "Von einem rechtsfreien Raum kann jedenfalls dort nicht mehr gesprochen werden, wo es sich um die Freigabe eines sonst verbotenen Verhaltens handelt", "die Rechtsordnung für diesen Fall ihr generelles Verbot zurücknimmt."(213) Unverbotene Handlungen könne es dagegen deshalb nicht geben, weil zur Abgabe der Erklärung, eine Handlung sei "unverboten", "eine Wertung tatsächlich stattgefunden und zu einem positiven Ergebnis geführt haben" muß(214).

Bei genauer Überprüfung dieser Einwände erkennt man, daß sie alle letztlich auf dem Begriff "Wertung" basieren und mit diesem Begriff argumentieren. Jedoch wird zuvor nicht gesagt, was unter "Wertung" verstanden werden soll. Um aber in einer Diskussion über "Wertung" Mißverständnisse zu vermeiden, ist eine Klärung dieses Begriffs ganz unumgänglich. Denn je nachdem in welcher Weise der Wertungsbegriff ausgefüllt wird, stellt sich das Wesen des Rechts in anderem Lichte dar oder anders ausgedrückt, je nach Standort und Auffassung vom Wesen des Rechts verschieben sich auch die Bewertungsebenen.

C. Kritik der Einwände

Diese Einwendungen, die darauf hinauslaufen, die Existenz eines rechtsfreien Raumes überhaupt zu leugnen, übersehen, daß das Wesen des rechtsfreien Raumes einen doppelten Kern aufweist: die Denkfigur des rechtsfreien Raumes gründet sowohl in der Rechtsphilosophie als auch in der Rechtsdogmatik. Bei solch einer "doppelschichtigen" Erscheinung ist es besonders wichtig, geklärte Begriffe zu verwenden, weil nur so

---

(213) LENCKNER, a.a.O., S. 19.
(214) LENCKNER, S. 21.

der Standort erkennbar wird, auf den sich die jeweilige Rechtsauffassung stützt. Und wie ENGISCH betont, werden bei Erörterung des rechtsfreien Raumes die Ergebnisse und Erkenntnisse davon beeinflußt, ob man vom rechtspositivistischen oder vom naturrechtlichen Standpunkt aus urteilt(215).

Es muß also der Ausgangspunkt eindeutig festgelegt und begründet sein, bevor in rein rechtstheoretischem Sinne "unverbotene" Handlungen oder die Existenz eines rechtsfreien Raumes abgelehnt werden. Rechtfertigungen, die ihre Begründungen in der einen oder anderen Weise lediglich in der Rechtsdogmatik suchen, wirken leer und erstellen gewissermaßen eine Konstruktion ohne Fundament. Aus dem Zusammenhang der Argumentation bei LENCKNER und bei MAURACH geht indes indirekt hervor, daß beide Autoren gegen die Kategorie des Unverbotenseins und gegen den rechtsfreien Raum rein positivistisch, methodologisch argumentieren. Soweit sich LENCKNER bei seiner Argumentation der RADBRUCHschen These von der Universalität des Rechts, das durch die Auswahl des rechtlich geregelten Lebensbereichs auch zu dem nicht geregelten Teil Stellung nehme, bedient, könnte man ihm mit seinen eigenen Worten entgegentreten, nämlich daß die Beantwortung dieser Frage naturgemäß davon abhänge, "welche Auffassung man vom Recht überhaupt hat"(216).

Im Verlaufe dieser Arbeit wurde bereits darauf hingewiesen, daß es eine Rechtsauffassung gibt, die dazu neigt, die Grenzen des Rechts weit zu ziehen, das Recht mit"universalem" Geltungsanspruch auszustatten und von dieser Warte aus ganz folgerichtig einen rechtsfreien Raum grundsätzlich abzulehnen. Gleichzeitig mit der Wahl dieses Ausgangspunktes und Standortes erfolgt unwiderruflich eine Festlegung der weiteren Argumentation. Be-

---

(215) ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 403.
(216) LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, S. 19.

reits an dieser frühen Stelle wird über spätere Wertungsmöglichkeiten entschieden, wird die echte Begründung entscheidend beeinflußt. Sieht man das Recht in rechtspositivistischem Sinne als "universal"(217) an, zieht man also den vom Recht beeinflußten Raum und damit die Rechtsgrenzen weit, so wird der rechtsfreie Raum zur Bedeutungslosigkeit zurückgedrängt. Er existiert dann praktisch nicht. Hierbei vollzieht sich schon die entscheidende, echte Wertung, die Wertung, die mit dem Einwand gegen den rechtsfreien Raum angesprochen ist. Der spätere erkennende Akt, den der Richter mit der Urteilsfindung vollzieht und ausspricht, wenn er den Täter "aus seiner Verantwortung vor dem Recht" entläßt(218), mag zwar auch als "Wertung" bezeichnet werden, muß aber konsequenterweise von der ersten echten Wertung streng unterschieden werden; erfolgt er doch -- als innerjuridische Wertung -- nachträglich aus einem zuvor schon wertend abgesteckten Bereich heraus!

Nur insofern kann LENCKNER von seiner Warte aus zwingend argumentieren: "Denn von einem rechtsfreien Raum kann jedenfalls dort nicht mehr gesprochen werden, wo es sich um die Freigabe sonst verbotenen Verhaltens handelt."(219) Und MAURACH kann in diesem Sinne von einer "Neutralitätserklärung" des Rechts "nach erfolgter Wertung" sprechen(220). Um eine solche Freigabe bzw. erneute "Wertung" im konkreten Fall kann es sich nur dann handeln, wenn das Recht von vornherein als so weitreichend bewertet wurde, daß es nunmehr auch den konkreten Fall umfaßt(221). Natürlich steht es im

---

(217) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 298.
(218) LENCKNER, a.a.O., S. 28.
(219) LENCKNER, a.a.O., S. 19.
(220) MAURACH, Kritik, S. 30.
(221) Andererseits wird LENCKNER seine Äußerung wohl kaum dahingehend interpretiert sehen wollen, daß es sich bei den zur Diskussion stehenden unlösbaren Konfliktsituationen um Fälle jener Art handle, für die die Rechts-

Ermessen der beurteilenden Instanz, für bestimmte Fälle wahlweise doch noch eine wertende Neutralitätserklärung des Rechts abzugeben und die Rechtsnormen zurückzuziehen.

Ohne gegen diese Auffassung vom Recht und ihre Folgen zu Felde ziehen zu wollen, ist von dieser Warte aus der oben geschilderte Begriff des rechtsfreien Raumes kaum zu belangen. Die Einwände berühren diesen Begriff überhaupt nicht. Sie argumentieren von einer Ebene gegen einen Wertungsbegriff, der auf einer anderen Ebene liegt.

Zusammengefaßt kann man sagen:

Zu den Argumentationen gegen einen rechtsfreien Raum im hier vertretenen Sinne können ihre Vertreter folgerichtig nur dann gelangen, wenn sie -- ohne das freilich zuvor bekannt zu haben -- das Recht im positivistischen Sinne als "universal" ansehen, die Rechtsgrenzen also für beliebig elastisch halten und es der Omnipotenz des Gesetzgebers überlassen, die Reichweite des Rechts ungünstigenfalls soweit auszudehnen, daß nur noch die Möglichkeit bleibt, für einen konkreten Sachverhalt ausnahmsweise einen gesetzes-l e e r e n Sektor zu schaffen, die Normen einmalig zurückzuziehen, und zwar aus dem weiten Raum des Rechts heraus. In einem solchen konkreten Fall mag es sich tatsächlich um eine "Wertung", um eine innerjuridische Wertung und um ein künstliches Vakuum handeln.

---

ordnung zwar Normen aufgestellt hat, aber aus Rücksicht auf die menschliche Schwäche nicht auf ihrer Befolgung besteht, wo ein rechtswidriges Verhalten deshalb als "entschuldigt" straflos bleibt. -- Sondern das Recht selber gestattet es hier ja nicht, eine Norm des erlaubten Handelns herzuleiten. Die "Freigabe" sonst verbotenen Verhaltens konnte LENCKNER doch wohl nur als eine solche durch das Rechtsganze bzw. seine Reichweite gemeint haben und verstanden wissen wollen.

Das damit erzielte Ergebnis kann aber keinesfalls als rechtsfreier Raum bezeichnet werden. Durch das Zurückziehen der Rechtsnormen entsteht lediglich ein spezielles, zeitlich begrenztes, vorübergehendes Vakuum, welches einem zu beurteilenden Lebenssachverhalt von Fall zu Fall willkürlich zuerkannt wird. Es handelt sich praktisch nur um einen "gesetzesleeren Sektor", da speziell für eine konkrete Verhaltensweise eines bestimmten Täters ausnahmsweise die Normen zurückgezogen werden, das Zurückziehen der Normen sich aber innerhalb der weiten, bestimmenden "Rechtsordnung" abspielt. Das ausnahmsweise großmütige Zurückziehen der Normen stellt sich als innerjuridischer Akt dar. Wenn LENCKNER(222) das Urteilen über das Verhalten des Täters schlechthin als "echte Wertentscheidung" bezeichnet, so übersieht er dabei, daß es sich hier doch um eine innerjuridische Wertung handelt, die eigentlich die Bezeichnung "echte Wertung" nicht beanspruchen dürfte. Es muß berücksichtigt und unterschieden werden, daß es "echte Wertung" im ursprünglichen apriorischen Sinne eigentlich nur außerjuridisch, und zwar bei der Bestimmung von Inhalt und Form des Rechtsbegriffs, geben kann. Als Alternative zu dieser sogenannten echten Wertung erscheint LENCKNER dann der Rechtsstandpunkt des "'ohne mich', auf den sich die Rechtsordnung in diesen Fällen zurückzieht"(223). Dabei übersieht er, daß auch der Erklärung des 'ohne mich' zunächst eine wertende Stellungnahme vorausgehen müßte. Diese Wertung im konkreten Einzelfall ist es aber gerade, die durch die Idee des rechtsfreien Raumes und die ihm zugrunde liegende Rechtsauffassung ausgeschlossen werden soll. Die rechtsfreien

---

(222) a.a.O., S. 21 unten.
(223) a.a.O., S. 21.

Sphären sind letzten Endes nur deshalb rechtsfrei, weil hier der Kompetenzbereich des Rechts endet und keine juridischen Wertungsmöglichkeiten mehr bestehen.

Wenn man nämlich eingedenk der Idee und Aufgaben des Rechts der Meinung ist, daß der Rechtsgeltung naturgemäß Grenzen gesetzt sind, so fällt mit dieser Wertung im a u ß e r - j u r i d i s c h e n Feld gleichzeitig die Entscheidung für die Existenz eines rechtsfreien Raumes. Der Wertungsakt, verstanden im ursprünglichen Sinne, nämlich als Herstellen einer Beziehung zwischen einem Gegenstand (Recht) und seinem Maßstab, dem idealen Gegenstand, vollzieht sich hier schon bei der Gewinnung des Rechtsbegriffs aus seinem Geltungsgrund. Bei der Beschäftigung mit dem konkreten Sachverhalt kann es sich dann gar nicht mehr um Wertung, bzw. um innerjuridische Wertung handeln, weil es sich lediglich noch um den Vollzug der Erkenntnis handelt, daß das Recht gar nicht die Reichweite besitzt, den konkreten Fall umspannen zu können. Es wird hier 'festgestellt', erkannt', 'bewußt gemacht', daß der zunächst scheinbar rechtlich relevante Lebenssachverhalt seinen Standort doch außerhalb des am ethischen Minimum orientierten Rechtsbereichs hat und ein innerjuridisches Urteil, eine Wertung, nicht erfolgen kann. Wenn es überhaupt noch eine Wertungsmöglichkeit gäbe, so läge sie auf einer anderen als der rechtlichen Ebene(224). Für die Rechtsordnung sind diese zunächst scheinbar rechtlich relevanten Sachverhalte weder rechtmäßig noch rechtswidrig, sondern unverboten, rechtlich wertungsfrei(225).

---

(224) Eine "Wertung", die im rechtsfreien Raum vollzogen werden könnte, kann, wenn überhaupt, nur eine 'rechtsfreie' Wertung, d.h. ethischer Natur sein. Eine solche "Wertung" interessiert an dieser Stelle jedoch nicht.

(225) Zur logischen Möglichkeit der Kategorie des Unverbotenseins vgl. oben S. 137.

Es ist also deutlich herauszustellen, daß für den an metajuristischen Maßstäben Orientierten die Wertung für oder gegen einen rechtsfreien Raum, für oder gegen eine großzügige Abgrenzung vom Recht, nicht im juristisch konkreten Fall, sondern im außerjuridischen Bereich erfolgt, nämlich dann, wenn von vornherein der rechtliche Ausgangsstandpunkt und Standort festgelegt wird. Bei Bejahung eines objektiv richtigen Rechts ist also von vornherein gewertet, indem die Grenzen des Rechts bestimmt sind. Der rechtlich bewertbare Raum ist selbstkontrollierbar eng abgesteckt, so daß der konkrete Fall auf natürliche Weise von selbst außerhalb dieses Bereichs, im rechtsfreien Raum, zu liegen kommt.

Beide Rechtsauffassungen, die positivistische wie auch die auf das Rechtswesen ausgerichtete, nehmen in dem Moment einen Wertungsakt vor, wo sie die Reichweite des Rechts bestimmen. Erweist sich ein konkreter Fall bei der Berührung mit der Rechtsordnung als nicht mehr innerhalb des Rechts liegend, d.h. in dem bei der nicht-positivistischen Grenzziehung verbleibenden rechtsfreien Raum angesiedelt, so braucht an dieser Stelle nicht mehr gewertet zu werden, sondern nur noch die Zugehörigkeit festgestellt zu werden. Von einem ausschließlich auf die Positivität konzentrierten Rechtsstandpunkt aus,wird derselbe konkrete Fall naturgemäß in anderer Gesinnung gesehen und "eine" oder überhaupt erst "die" Wertung vollzogen. Trotzdem unterscheidet sich der Wesensgehalt beider Wertungsakte. Ist das ursprüngliche Beziehen eines Standortes etwa als "objektives Urteil bei der Einordnung in eine Ebene" zu sehen, so stellt sich die "Wertung" im konkreten Fall gewandelt als "subjektives Urteil" des Richters dar(226). Letztere bietet "nur" die Möglichkeit, sich an das

---

(226) Vgl. WELZEL, Vom irrenden Gewissen, S. 16 f.
KANT, Metaphysik, S. 243.

übergeordnete objektive Einordnungsurteil zu wenden; hierin, im "Subjektiven", ist aber keine Wertung im echten ursprünglichen Sinne zu sehen(227).

Es hat sich also gezeigt, daß sich das Argument der "innerjuridischen Wertung" zugunsten der Existenz des rechtsfreien Raumes entkräften läßt, und daß somit der konkrete Fall lediglich als im strafrechtsfreien Raum liegend erkannt, als solcher bezeichnet und dort eingewiesen werden kann(228).

D. Überprüfung der Bezeichnung

Zum Abschluß der dogmatischen Betrachtungen muß noch geklärt werden, mit welcher B e z e i c h n u n g innerjuridisch der Hinweis für die Einweisung eines Sachverhalts in den rechtsfreien Raum gegeben werden soll.

---

(227) Die Vermengung der Begriffe von objektiver Wertung (verstanden als Stellungnahme zum Recht als ganzem) und subjektiver Bewertung eines bestimmten Falles ist allerdings nur allzu verständlich, wenn man berücksichtigt, daß die Zusammenhänge zwischen den positiven Rechtssätzen (Geltungsgrund) und der Rechtsidee meist verschüttet sind, und oft erst mittelbar über den konkreten Fall und die Einzelausgestaltung im Gesetz (Erkenntnisweg) als solche ins Bewußtsein treten. (Vgl. Arthur KAUFMANN, Zur rechtsphilosophischen Situation, S. 143) Arthur KAUFMANN, a.a.O., hält es für einen typisch positivistischen Zirkelschluß, "wenn man die Geltung der Grundprinzipien des Rechts aus dem positiven Recht selbst nachzuweisen unternimmt". Darüber sollte dennoch nicht vergessen werden, daß den positiven Rechtssätzen nur deshalb Geltung zukommt, weil und soweit sie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und damit der Rechtsidee entsprechen. (Vgl. Arthur KAUFMANN, a.a.O.)

(228) Der Ausdruck "Einordnung" wird in der Begründung zu § 105 AE (Anhang) gewählt. Vgl. AE (Anhang), BT zu § 105, (Straftaten gegen die Person), S. 39.

Die als im rechtsfreien Raum geschehen zu kennzeichnende Verhaltensweise kann am besten als "rechtsfrei" bezeichnet werden. Dieser Begriff ist geeignet, Verwechslungen und Mißverständnisse auszuschließen. Die sich ebenfalls anbietenden Bezeichnungen "unverboten", "rechtlich indifferent" oder "rechtlich neutral" sind zwar synonym, da ihre bisherige Verwendung in Literatur und Rechtsprechung aber uneinheitlich und nicht auf die zuvor als scheinbar rechtlich relevant charakterisierten Verhaltensweisen beschränkt war, erscheint es nicht ratsam, sie zu übernehmen. Diese weder rechtmäßig noch rechtswidrig, sondern rechtlich unbewertbar neutralen Handlungen werden also am treffendsten mit der unvorbelasteten Bezeichnung "rechtsfrei" gekennzeichnet. Damit wird dem 'Täter' von der Rechtsordnung auch unmißverständlich bestätigt, daß sich der scheinbar rechtlich relevante Sachverhalt außerhalb der Einflußsphäre des Rechts, im rechtsfreien Raum, abgespielt hat.

Das Wesen des rechtsfreien Raumes bewirkt nicht, daß neben Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld an irgendeiner Stelle im Verbrechensaufbau das Element "rechtsfreier Raum" -- etwa als eine Art Rechtfertigungsgrund -- ausdrücklich in Erscheinung tritt, sondern daß eine scheinbar rechtlich relevante Handlung auch praktisch als (tatbestands- oder) rechtsfrei behandelt werden muß. Dies bewirkt aber auch wiederum nicht, daß die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird oder daß dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Die Bezeichnung "Unrechtsausschließungsgrund" wäre somit irreführend. Wenn der Unrechtsgehalt einer Handlung ausgeschlossen werden kann, würde dies zwangsläufig bedeuten, daß die Rechtmäßigkeit der Handlung bejaht, also positiv bewertet werden müßte. Insofern unterscheiden sich die Bezeichnungen "Rechtfertigungsgrund" und "Unrechtsausschließungsgrund" zumindest in

ihren Auswirkungen nicht, sie können als gleichbedeutend betrachtet werden(229).

Beide Begriffe verdeutlichen eine ausdrückliche Billigung der Handlung durch das Recht. Es muß also für die Kategorie des rechtsfreien Raumes eine Bezeichnung gefunden werden, durch die diese Billigung weder ausgesprochen noch angedeutet wird. Als Substantivum bietet sich ein Terminus an, der dem eigenständigen Wesen des rechtsfreien Raumes gerecht wird und sich unmißverständlich von den Bezeichnungen "Rechtfertigungsgrund" und "Unrechtsausschließungsgrund" abhebt:

Der rechtsfreie Raum kann treffend als

Unrechts b e w e r t u n g s ausschließungsgrund

bezeichnet werden.

Die dem rechtsfreien Raum zugrunde liegende, scheinbar rechtlich relevante Handlung als solche kann treffend als

r e c h t s f r e i (230)

bezeichnet werden.

---

(229) Vgl. für viele: SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Vorbem. 3 vor § 51, S. 314.

(230) Wobei ausdrücklich darauf hingewiesen werden soll, daß mit dieser Bezeichnung eine bewußte Distanzierung zum Inhalt und zur Formulierung "rechts l e e r" beabsichtigt ist. Vgl. oben S. 142 ff., 144 ff., insbesondere S. 147.

4. IRRTUM ÜBER EINEN UNRECHTSBEWERTUNGSAUSSCHLIEßUNGSGRUND

Zum Abschluß soll noch die Frage des I r r t u m s erörtert werden[231]. Eine Irrtumslage ist im Bereich einer scheinbar rechtlich relevanten Handlung durchaus vorstellbar. Die möglichen Situationen, über die im Rahmen des strafrechtsfreien Raumes geirrt werden könnte, lassen sich anschaulich am Fall des Weichenwärters aufzeigen:

Die eine denkbare Möglichkeit ist, daß tatsächlich die Voraussetzungen eines Unrechtsbewertungsausschließungsgrundes (rechtsfreie Lage) gegeben sind, daß aber der Weichenwärter dies nicht weiß und irrig annimmt, er befinde sich in einer ohne Schwierigkeiten rechtlich abwägbaren Situation (Notstandssituation)[232]. Er glaubt, seine Entscheidung sei die einzig richtige und demnach rechtmäßig und geboten. Er glaubt sogar, er habe geistesgegenwärtig und heldenmütig ein folgenschweres Zugunglück und den Tod zahlreicher Menschen verhindert.

---

(231) Ohne Problematik scheint die N o t w e h r l a g e zu sein: Eine scheinbar rechtlich relevante Handlung, die sich im rechtsfreien Raum abspielt, kann sich für einen anderen Betroffenen, aus dessen Sicht, durchaus als rechtlich relevant darstellen, so daß dieser Dritte sich mit einer Notwehrhandlung erwehren darf. Wenn z.B. im Falle der drei Bergsteiger derjenige, der die beiden in die Gletscherspalte Gestürzten am Seilende hält, bei schwindenden Kräften das Seil kappt, so handelt er rechtsfrei. Wenn aber derjenige, der geopfert werden soll, bemerkt, daß gerade das Seil, an dem er hängt, gekappt werden soll und daraufhin etwa durch Bedrohung mit einer Pistole erzwingt, daß sein Leidensgefährte statt seiner geopfert wird, so handelt er in Notwehrlage. Seine Handlung ist dann nicht etwa deshalb unzulässig, weil sie sich ihrerseits gegen die Handlung richtet, die im strafrechtsfreien Raum erfolgt.

(232) Der Weichenwärter sieht den Güterwagen talwärts rasen und leitet ihn im letzten Augenblick auf das Nebengleis um -- wo, wie er aber nicht weiß und nicht wissen kann, das Verhängnis seinen Fortgang nimmt.

Der Weichenwärter handelt im strafrechtsfreien Raum, ohne es zu wissen. Seine Verhaltensweise bleibt unbewertbar, denn die Gemeinschaft kann nicht bewerten. Es besteht die gleiche Situation als hätte der Weichenwärter die Lage gekannt oder erkannt. Der Unrechtsbewertungsausschließungsgrund kommt ihm zugute, aber nicht als Ergebnis einer rechtlichen Bewertung. Der Irrtum des Weichenwärters ist in diesem Fall unbeachtlich.

Die andere denkbare Möglichkeit ist die, daß tatsächlich kein Unrechtsbewertungsausschließungsgrund (keine rechtsfreie Lage) gegeben ist, daß aber der Weichenwärter dies nicht weiß und irrig annimmt, er befinde sich in einer scheinbar rechtlich relevanten Situation, aus der es für ihn kein Entkommen gäbe, gleich wie er sich verhalten mag(233). Die Folge seines Irrtums ist, daß er den Erfolg nicht verhindert, obwohl er tatsächlich dazu in der Lage gewesen wäre.

Hier liegt ein beachtlicher Irrtum vor. Für den Weichenwärter gab es in der konkreten Situation keine Bewertungsmöglichkeit, wie sie der Gemeinschaft im nachhinein zur Verfügung stand. Die tragische Situation als solche ist mit den Mitteln des Rechts durchaus bewertbar, der Weichenwärter hat rechtswidrig gehandelt. Er hat über das Vorliegen eines Unrechtsbewertungsausschließungsgrundes geirrt. Dieser Irrtum muß wie ein V e r b o t s i r r t u m behandelt werden, mit der Folge, daß der Schuldvorwurf dann entfällt, wenn der

---

(233) Der Weichenwärter sieht den Güterwagen talwärts rasen und leitet ihn nicht auf das Nebengleis, weil er irrig annimmt, seine Kollegen seien dort beschäftigt und sie nicht zu opfern bereit ist. Im Bahnhof kommt es dann zu dem Unglück, bei dem eine größere Anzahl von Menschen den Tod findet.

Irrtum des Weichenwärters unvermeidbar war und dann gemildert wird, wenn er vermeidbar war.

In diesem Fall kann und muß die Handlung des Weichenwärters mit rechtlichen Mitteln bewertet werden. Ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß dem Weichenwärter ein Schuldvorwurf gemacht werden kann, ist eine Frage der Vermeidbarkeit im Rahmen der Regeln des Verbotsirrtums.

3. Abschnitt

ÜBERPRÜFUNG DER BERECHTIGUNG DES RECHTSFREIEN RAUMES AM STRAFRECHTLICHEN NOTSTAND

I. DER STRAFRECHTLICHE NOTSTAND

Die rechtsphilosophisch und rechtsdogmatisch untermauerte Denkfigur des rechtsfreien Raumes muß nunmehr, will sie Anspruch auf Beachtung, Berechtigung und Anwendung erheben, einer praktischen Erprobung standhalten. Der rechtsfreie Raum wäre nur eine theoretische Leerform, erwiese sich nicht seine praktische Anwendbarkeit auf vom Leben gegebene Sachverhalte.

Zu dieser Überprüfung eignet sich besonders die Erscheinung des N o t s t a n d e s . Gerade die Handlung in einer Notstandssituation hat durch ihre Besonderheit als scheinbar rechtlich relevante Handlung die Menschheit im allgemeinen, die Juristen, den Gesetzgeber und die Rechtsprechung im besonderen seit eh und je beschäftigt. Es wurde bereits mehrmals darauf hingewiesen, daß die Problematik des rechtsfreien Raumes sich mit aller Leidenschaft am Notstand entzündet. So sehr die Frage nach der rechtlichen Behandlung des Notstandstäters die Gemüter erhitzt und die Juristen zu Lösungsvorschlägen in allen nur erdenklichen Varianten

veranlaßt hat[1], so zurückhaltend waren doch die meisten Stimmen bei Lösung dieser Fälle mit der Anwendung des strafrechtsfreien Raumes.

Auf den ersten Blick scheinen Notstand und strafrechtsfreier Raum unverträgliche Erscheinungen zu sein. Aber dieser durch flüchtige Betrachtung erweckte Eindruck trügt, denn bei beiden Erscheinungen wird die Problematik der Rechtsgrenzen angesprochen. Die Idee des strafrechtsfreien Raumes wird -- wie gezeigt -- entscheidend von der Frage nach den Grenzen des Rechts bestimmt. Die strafrechtliche Notstandshandlung entspringt einer Situation, in der der Mensch sowohl die Grenzen seiner eigenen Existenz als auch die begrenzte Kraft der verpflichtenden Normen erfährt. Rechtsfreier Raum wie Notstand berühren sich in dem für beide Erscheinungen bedeutsamen Phänomen der "Grenze". Schon ENGISCH hat diesen Zusammenhang erkannt und jeden Notstand als einen "Faktor der Rechtsbegrenzung" bezeichnet[2]. Alle diese Erwägungen lassen gerade den Notstand als besonders geeignet erscheinen, um mit seiner Hilfe Zweckmäßigkeit und Bewährung der Idee des rechtsfreien Raumes eingehend zu überprüfen. Betrachtet man die Erscheinung des Notstandes zunächst als eigenständiges Problem, so ergibt sich, daß der Notstand nicht nur ein auf die Rechtsbegrenzung verweisender Faktor ist.

---

(1) Die fast unübersehbare Literatur, die im Lösungsergebnis erheblich voneinander abweichenden höchstrichterlichen Urteile und die verschiedenartigsten Entwürfe des Gesetzgebers geben ein anschauliches Bild von den Versuchen, den Notstand in den Griff zu bekommen und zu lösen. Ein besonders deutliches Bild von der verworrenen Lage in Literatur und Rechtsprechung und der Hilflosigkeit des Juristen gegenüber der Erscheinung des Notstandes gibt die bereits erwähnte Arbeit von Eva SCHEEL.

(2) Vgl. ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 388.

1. DEFINITION

In vielen Situationen des Lebensnotstandes erscheint eine Lösung mit den hergebrachten rechtsdogmatischen Mitteln als unmöglich oder sogar als ungerecht. In solchen Fällen, in denen das eigene Leben nur durch die Vernichtung eines anderen, in gleicher Situation befindlichen Lebens erhalten werden kann, läßt sich eine befriedigende Antwort auf die Frage, ob eine Verletzung der "einfachen Sittlichkeit" vorliegt, nur schwerlich finden. Bereits die Versuche der neueren Phase der Strafrechtswissenschaft, den Notstand zu definieren, lassen Weite und Kompliziertheit dieser Materie ahnen(3). Auf Grund neuer rechtsdogmatischer Erkenntnisse, insbesondere im Rahmen des Schuldbegriffs von FRANK(4), wurde versucht, den bereits durch die Philosophie im 19. Jahrhundert eingehend untersuchten Notstandsbegriff erneut zu definieren und in das System der allgemeinen Verbrechenslehre einzugliedern. Zunächst bezeichnete STAMMLER(5) den Notstand als diejenige Lage eines Individuums, worin dasselbe nur durch Begehung einer verbotenen Handlung die Erhaltung rechtlicher Güter ermöglichen kann. BINDING(6) sieht im Notstand die Lage eines Menschen, worin dieser nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut erretten oder eine Rechtspflicht erfüllen kann. Für BELING(7) ist der Notstand die-

---

(3) Entsprechend waren und sind teilweise heute noch die Lösungswege intensiv umkämpft. Schon 1903 hatte AUER dies erkannt und in treffender Weise umschrieben, daß "die Streitfragen des Notstandes derartig ineinander verflochten sind, daß man, wie bei einem Rösselsprung überall und nirgends anfangen möchte."
AUER, Notstand, S. 11.
(4) Aufbau des Schuldbegriffs, 1907.
(5) Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, S. 39.
(6) Handbuch, S. 759.
(7) Grundzüge, S. 37.

jenige Lebenslage, in der eine an sich rechtswidrige Handlung das einzige Mittel ist, um ein subjektives Recht zu wahren. Und GOLDSCHMIDT(8) erkennt dem Notstand später das Motiv der Unwiderstehlichkeit zu, das für den Notstand als Entschuldigungsgrund maßgebend ist. Eberhard SCHMIDT(9) kennzeichnet schließlich den Notstand als einen Zustand gegenwärtiger Gefahr für rechtlich geschützte Interessen, aus dem keine andere Rettung führt als die Verletzung von rechtlich geschützten Interessen eines anderen.

2. THEORETISCHE BEHANDLUNG. VIELFALT DER LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN

Aus der Vielfalt der Notstandsdefinitionen wird bereits ersichtlich, daß die Erscheinung des Notstandes ein ideales Versuchsfeld bietet, alle nur erdenklichen, von der Rechtsordnung und dem Gesetzgeber gebotenen Lösungsmöglichkeiten zu erproben. Im Rahmen dieser Arbeit ist es aber wenig sinnvoll, jede einzelne Meinung, die bisher im Schrifttum und in der Rechtsprechung zur Lösung des Notstandsproblems geboten und erörtert wurde, für sich zunächst einzeln darzustellen und abschließend mit einer dem rechtsfreien Raum dienlichen Kritik zu versehen. Ein derartiger Versuch würde zwangsläufig den Rahmen der Untersuchung sprengen und letztlich nichts weiter als eine überflüssige Vermehrung der bereits in unübersehbarer Anzahl vorhandenen Notstandsabhandlungen darstellen.

Im folgenden wird das Hauptaugenmerk nur auf solche Argumente gerichtet, die die Entwicklung der rechtsphilosophischen

---

(8) Notstand, S. 175.
(9) In v. LISZT-SCHMIDT, S. 149.

und rechtsdogmatischen Lösungsversuche des Notstandsproblems beeinflußt und gefördert haben und dabei die Möglichkeit eines rechtsfreien Bereichs erörterten, bzw. in irgend einer Form als möglich erscheinen ließen.

A. Einheitliche Betrachtungsweise (Einheitstheorie)

Bis etwa in die 20er Jahre faßte man sämtliche bis dahin bekannten Notstandsfälle in ihrem rechtlichen Charakter einheitlich zusammen und löste sie mittels der ursprünglich nicht angefochtenen "E i n h e i t s t h e o r i e"(10). Entweder wurde das gesamte Notstandsrecht von einem objektiven Standpunkt aus betrachtet und zur Lösung ein Rechtfertigungsgrund gewährt(11), oder es wurde subjektiv betrachtet und entsprechend die Straflosigkeit des Notstandstäters mit einem Entschuldigungsgrund erklärt(12). Dieser Lösungsweg befriedigte auf die Dauer nicht. Man hatte herausgefunden, daß ein Handeln in Notlage auf zweifache Weise den deliktischen Gehalt einer Tatbestandsverwirklichung in Frage stellen konnte. Der Notstand erwies sich als differenzierte Rechtsfigur, um mit GOLDSCHMIDT(13) zu sprechen,

---

(10) Die markantesten Vertreter, die dem Notstand eine einheitliche Erklärung gaben, waren:
GERLAND, Deutsches Reichsstrafrecht, § 43 b S. 150 f.;
ALLFELD, Lehrbuch, § 26 S. 129 f. Anm. 4 S. 130;
v. HIPPEL, Strafrecht, S. 284 VIII;
M.E. MAYER, Strafrecht, S. 300 f.

(11) Ausgangspunkt war die Abwägung der widerstreitenden Interessen. Vgl. ALLFELD, a.a.O.; v. HIPPEL, a.a.O.; GERLAND, a.a.O.; § 54 StGB wurde als Rechtfertigungsgrund angesehen.

(12) M.E. MAYER, a.a.O.

(13) Notstand, S. 196.

als ein Rechtsmikrokosmos. Es sind Fälle denkbar, in denen sich der bedrängte Notstandstäter von Rechts wegen durch Begehen einer tatbestandsmäßigen Handlung aus der Notstandslage befreien darf; und es gibt Handlungen, durch welche der Notstandstäter den Kreis erlaubter Mittel zwar überschreitet, aber in einer Situation, die es pharisäerhaft erscheinen ließe, ihm einen Vorwurf daraus zu machen. Handlungen, die in einer Notlage zur Rettung eines rechtlich geschützten Interesses begangen werden, können also eine sehr verschiedenartige Bedeutung haben. Die Notstandslehre greift sowohl in die Lehre von der Rechtswidrigkeit, als auch in die von der Schuld ein. "Es ist genauso unmöglich, in allen Fällen des Notstandes ein Notrecht zu gewähren, wie es in allen Fällen zu versagen"(14). Vom Standpunkt der sozialen Interessen aus betrachtet können Notstandshandlungen einwandfrei, vernünftig, angemessen sein und demgemäß rechtliche Billigung verdienen; sie können aber vom gleichen Standpunkt aus betrachtet höchst sozialschädlich, abträglich, unvernünftig, dafür aber begreiflich, verzeihlich, entschuldbar erscheinen, sofern der Strafgesetzgeber für das Menschlich-Allzumenschliche überhaupt Sinn hat(15). Rechtliches Dürfen und schuldloses Unrecht kennzeichnen eine schlechthin gegebene Verschiedenheit(16).

---

(14) Zu DOHNA, Recht und Irrtum, S. 13.
(15) Eb. SCHMIDT, Der übergesetzliche Notstand, S. 134.
(16) GRÜNHUT, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, S. 457.

B. Differenzierte Betrachtungsweise (Differenzierungstheorie)

Das Resultat dieser Erkenntnisse wird allgemein als D i f f e r e n z i e r u n g s t h e o r i e [17] bezeichnet. Sie ist Ausdruck der in Literatur[18] und Rechtsprechung[19] vollkommen herrschenden Meinung bezüglich der Einteilung des Notstandes. Es ist die Grundauffassung der Differenzierungstheorie, daß "der objektive Gedanke der Interessenabwägung" bzw. "der subjektive Gedanke der Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebes" nicht den alleinigen und ausschließlichen Entscheidungsgrundsatz bei

---

(17) Eb. SCHMIDT, a.a.O.

(18) FRANK, Strafgesetzbuch, § 54 III, S. 158 f.; zu DOHNA, Rechtswidrigkeit, S. 125, 127; derselbe, Recht und Irrtum, S. 12 f.; HENKEL, Notstand, S. 16 ff.; GRÜNHUT, a.a.O.; MEZGER, Strafrecht, S. 200; MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 272 f.; SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 54 II; KOHLRAUSCH-LANGE, § 54 I, S. 208; WELZEL, Strafrecht, S. 162.

(19) RG 61, 242; 62, 137; 64, 30. Die grundlegende Entscheidung RG 61, 242 wurzelt in der Erkenntnis, daß Rechtswidrigkeit u n d Schuld die Gesichtspunkte für die richtige strafrechtliche Bewertung von Notstandshandlungen abgeben müssen. Das war möglich, weil das Gericht eine eindeutige Trennung zwischen den die objektive Rechtswidrigkeit betreffenden Rechtfertigungsgründen und den diese objektive Rechtswidrigkeit unberührt lassenden, lediglich die Schuld betreffenden Entschuldigungsgründen vollzog. (Eb. SCHMIDT, Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand", S. 359). Die entscheidende Formulierung des RG auf S. 252 lautet: "Die Vorschrift des § 54 StGB, die für einen bestimmten Kreis von Handlungen einen Entschuldigungsgrund schafft, schließt ... nicht aus, daß auf Grund eines daneben bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatzes bei gewissen Notstandshandlungen - auch bei solchen, die unter § 54 StGB fallen - die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist."

der Beurteilung der Notstandsfälle aufweisen, sondern, daß "je nach Lage des Falles" der objektive oder der subjektive oder auch beide Gedanken mehr oder weniger ausschlaggebend sein können[20]. Der innerste Kern der Differenzierungstheorie ist der, daß der rechtliche Charakter des zivilrechtlichen Notstandes der §§ 228 und 904 BGB streng von dem des strafrechtlichen Notstandes der §§ 52 und 54 StGB getrennt ist. Hierbei wird der zivilrechtliche Notstand im wesentlichen übereinstimmend als Rechtfertigungsgrund[21] aufgefaßt. Dagegen ist die Auffassung über die Lösung des strafrechtlichen Notstands uneinheitlich. Eine Gruppe der Unterscheidungslehren sieht im strafrechtlichen Notstand einen persönlichen oder sachlichen Strafausschließungsgrund[22]. Von einer weiteren Gruppe wird die Notstandshandlung als "nicht rechtswidrig"[23] angesehen. Eine dritte Gruppe schließlich nimmt an, daß sich der strafrechtliche Notstand als Entschuldigungsgrund[24] darstelle. Es ist die sogenannte herrschende Lehre, die Lehre, die gemeint ist, wenn von der Differenzierungstheorie überhaupt gesprochen wird.

---

(20) Vgl. MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 273; HENKEL, Notstand, S. 16.
(21) Vgl. für viele: WELZEL, Strafrecht, S. 82.
(22) BELING, Grundzüge, S. 32, 41; FINGER, Lehrbuch, S. 418 ff.; JANKA, Notstand, S. 187 ff.; PETERS, Die Tötung von Menschen in Notstandssituationen, S. 742 ff., insbesondere S. 746.
(23) Über die Betrachtung der Notstandshandlung als "unverboten" wird später noch die Rede sein. Vgl. BINDING, Handbuch, S. 765; HOLD v. FERNECK, Rechtswidrigkeit, S. 203 f.; NAGLER, Rechtswidrigkeit, S. 340; OETKER, Notwehr, S. 367; v. WEBER, Notstandsproblem, S. 35; Hellmuth MAYER, Strafrecht, S. 156; 189 ff.; MAURACH, Kritik, S. 85 (heute aufgegeben).
(24) GOLDSCHMIDT, Notstand, S. 130 ff. und S. 176 ff.; zu DOHNA, Rechtswidrigkeit, S. 121 ff.; FREUDENTHAL, Schuld und Vorwurf; FRANK, Strafgesetzbuch, § 54 III; Eb. SCHMIDT in v.LISZT-SCHMIDT, S. 285, LANGE in KOHLRAUSCH-LANGE, § 54, I; SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 54, I; WELZEL, Strafrecht, S. 161 ff.; MEZGER, Lehrbuch, S. 367; HENKEL, Notstand, S. 27 f.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle die "Lösungsmöglichkeit" der Gnade. Auch sie wird herangezogen, wenn es für Juristen gilt, eine Notstandssituation a posteriori zu behandeln[25]. Über die Bedeutung der Gnade für die vorliegende Arbeit wurde bereits oben[26] ausführlich gesprochen.

Eine weitere oder eingehendere Erörterung der einzelnen Lösungsmöglichkeiten ist nicht erforderlich. Es sollte mit der Aufzählung dieser vielfältigen Lösungsmöglichkeiten lediglich der Nachweis erbracht werden, daß die Beurteilung einer im Notstand begangenen Handlung in starkem Maße uneinheitlich und verworren vorgenommen wird. In der Rechtsprechung[27] und bei der Gesetzgebung[28] bietet sich dasselbe Bild. Es muß der Verdacht aufkommen, daß das Phänomen des Notstandes überhaupt nicht endgültig beurteilt werden kann, wenn man ausschließlich innerjuridische Lösungswege beschreitet. Jede fundierte Lehrmeinung, jeder noch so gut gemeinte Gesetzesentwurf und jedes noch so ausführliche Urteil können, wenn sie ausschließlich mit Argumenten des Rechts arbeiten, ihrerseits mit gleichen Mitteln, aus dem Bereich des Rechts heraus, erfolgreich kritisiert werden.

Diese bei der Behandlung des Notstandes bis zum heutigen

---

(25) Vgl. SIMONSON, Der "Mignonette"-Fall, S. 367 ff. Vgl. auch RADBRUCH, Der Geist des englischen Rechts, S. 69 ff.; Eva SCHEEL, a.a.O., S. 98 ff.; END, Existentielle Handlungen, S. 88 ff. Vgl. auch § 1115 Teil II Titel 20 des Preußischen Allgemeinen Landrechts.

(26) Vgl. oben S. 40 f.

(27) Dies zeigen die Urteile höchster Gerichte in den Euthanasie-Prozessen nach dem 2. Weltkrieg.

(28) Auch der Gesetzgeber ist sich genauso wenig über den Notstand im klaren. Seit 1909 wurden nicht weniger als 11 verschiedenartige Versuche unternommen, die geltende Notstandsregelung des StGB von 1871 zu "verbessern".

Tage herrschende "Verwirrung"[29] ist bereits ein nicht unerhebliches Argument für die Berechtigung der Idee des strafrechtsfreien Raumes. Sie bietet für einen heftig umstrittenen Teil der Notstandsfälle eine neue, eigenständige Lösungsmöglichkeit und trägt gleichzeitig dazu bei, den bisher angewandten Lösungskatalog zu überprüfen. Es ist charakteristisch für die Erscheinung des Notstandes, daß keine dogmatische Begründung der Straflosigkeit gefunden wird, die grundsätzliche Anerkennung und Zustimmung findet. Keiner der eben angedeuteten Versuche, das Notstandsproblem zu lösen, vermag zu überzeugen, so daß die anderen Ansichten demgegenüber zurücktreten müßten. Auf der anderen Seite aber besteht doch weitgehende Übereinstimmung beim Gedanken der Straflosigkeit des Notstandstäters. Liegt darin nicht wiederum ein Hinweis auf Berechtigung und Notwendigkeit des rechtsfreien Raumes? Sicherlich doch dann, wenn die schwerlich überzeugenden Argumente der Berücksichtigung menschlicher Schwächen, der Gnade und Barmherzigkeit allein und selbständig für "Nichtvollziehung" der Strafe maßgeblich sein sollen.

Hier ist nun der natürliche und berechtigte Ansatzpunkt, die im Namen des Rechts zur Lösung des Notstandes immer wieder verwendeten Argumente zu durchleuchten und zu untersuchen, ob sie nicht auch Argumente für die Begründung des rechtsfreien Raumes liefern.

---

(29) Vgl. v. WEBER, Notstandsproblem, S. 14 - nachdem er schon auf S. 11 bemerkt: "Man kann wohl sagen, daß auf diesem Gebiet nur die eine Behauptung keinen Widerspruch erfahren hat, daß die moderne Literatur dieses Kapitels sich in einem geradezu jämmerlichen Zustand von Verworrenheit befindet." Dieser "Stand der Verwirrung" war ursprünglich nicht zuletzt auf Unstimmigkeiten zurückzuführen, die daraus entstanden, daß über die Begriffe der Rechtswidrigkeit und der Schuld und über ihr Verhältnis zueinander keine Klarheit bestand.

II. ARGUMENTE FÜR DIE IDEE DES RECHTSFREIEN RAUMES BEI ERÖRTERUNG DES NOTSTANDSPROBLEMS IN GESCHICHTE UND GEGENWART

1. DIE GESETZGEBUNG ALTER KULTURVÖLKER

Zu allen Zeiten wurden Versuche unternommen, den zuletzt erörterten Gedanken Rechnung zu tragen und eine gerechte und umfassende Lösung zu finden.

Bereits im Recht der ältesten Kulturvölker wurde der Notstand berücksichtigt. Das Charakteristische an der Behandlung des Notstandes in den alten Gesetzen des HAMMURABI(30), des Manu(31) und in den Religionsbüchern des Talmud(32) ist, daß keine allgemeine Bestimmung festgelegt, sondern nur einzelne Sonderfälle berücksichtigt wurden. Aus der Vielzahl der speziellen Notstandsvorschriften läßt sich nur eine grundsätzlich weitgehende Anerkennung des Notstandes ableiten. Dagegen fehlt jeder Anhaltspunkt, daß die Einzelbestimmungen etwa Ausfluß eines allgemeinen dogmatischen Grundsatzes sind(33). Diese bis ins 19. Jahrhundert hinein immer wieder angewendete Art und Weise der Notstandsregelung durch

---

(30) Kodifikation des babylonischen Rechts um 1750 v.Chr.; (z.B. derjenige, der bei einer Schlägerei einen anderen ohne Absicht trifft, wird nicht bestraft.)

(31) Um 600 v.Chr. (z.B. Hungerdiebstahl, Hungerraub und Notmeineid erlaubt.)

(32) Umfangreiches Sammelwerk der kodifizierten rabbinischen Thoraauslegung und Gesetzesüberlieferung etwa um 200 n.Chr. (So ist es z.B. erlaubt, am Rande bebauter Felder -- nicht aber in den kostbaren Safranpflanzungen! -- zu gehen, um den Straßenschmutz zu vermeiden.) Zitiert nach REITMEYER, Die historische Entwicklung der Notstandslehre, S. 5 ff.

(33) REITMEYER, a.a.O.

auf hoher Kulturstufe stehende Völker läßt eine Schlußfolgerung ganz im Sinne eines rechtsfreien Raumes zu. Es wird nämlich auf eine allgemeine Regelung verzichtet, und nur abwägbare, auf dem jeweiligen ethischen Empfinden basierende Einzelfälle werden gesetzlich geregelt. Die damaligen Gesetzgeber haben also einzelne Gesichtspunkte aus verschiedenen Gedankengängen der Zeit entnommen, ohne sich auf bestimmte oder allgemeine Lehren festzulegen.

Dieser "Lösungsweg" ist als Flucht in "in Einzelfällen abweichende Entscheidungen"(34) zu betrachten, weil die Erkenntnis -- wenn auch nur im Unterbewußtsein -- vorherrschend ist, daß eine allgemeingültige, vernünftige und vor allem gerechte Lösungsrichtung nicht möglich ist. Eine solche Art und Weise, Notstandsfälle zu lösen, entspringt dem Gedanken, je nach Dafürhalten in verschiedene Richtungen abwägen und entscheiden zu können. Die alten Kulturvölker haben sich gescheut, den Notstand allgemein zu regeln, haben aber bei einigen wenigen, wahrscheinlich häufig auftretenden Notsituationen, eine Regelung getroffen und damit eine den besonderen Gegebenheiten angepaßte Abwägung "rechtssicher" sanktioniert. Nicht nur die Rechtsprechung des Reichsgerichts(35), sondern auch die höchstrichterliche Rechtsprechung in den Jahren nach 1945(36) hat sich des bequemen Weges der "Einzelfallösung" bedient, ohne aber daraus weitergehende Grundsätze entwickeln zu wollen. In neuester Zeit ist dieser Gedanke von Ortrun LAMPE(37) vertreten und damit

---

(34) So formuliert vom Reichsgericht in RGSt 61, 255.
(35) Vgl. z.B. RGSt 62, 137; 63, 215; 64, 104; 74, 350; 77, 113; RG JW 35, 2670.
(36) Vgl. OGHSt 1, 343; BGHSt 2, 111(114); BGH NJW 51, 770; OLG Frankfurt, DAR 63, 244; OLG Kiel NJW 48, 231; OLG Koblenz NJW 63, 1991.
(37) Vgl. Notstand, S. 88 ff., insbesondere S. 89 und S.90.

an der in der Literatur schon immer verfochtenen Idee einer "modifizierten" Interessenabwägungstheorie festgehalten worden(38).

Meines Erachtens ist diese Erscheinung der Einzelfallregelung oder Einzelfallösung ein Beweis dafür, daß die Existenz eines strafrechtfreien Raumes zwar nicht mit aller Konsequenz erkannt, aber dennoch erahnt wurde. Der wenig vertrauten Erscheinung eines rechtlich nicht regulierbaren Raumes wird mit Skepsis und Unsicherheit begegnet und ein Ausweg in der Zuflucht in eine rechtlich fragwürdige Praxis von Einzelfallregelungen gesucht.

2. DIE GRIECHISCHE PHILOSOPHIE

Als ein weiterer treffender Beweis für die Berechtigung der Idee des rechtsfreien Raumes kann die Behandlung des Notstandes im Recht der Griechen gewertet werden. Bei einem Volk, das die Schicksalstragödie in ihrer reinsten Form geschaffen hat, ist es nur eine Selbstverständlichkeit, daß Situationen des strafrechtlichen Notstandes und deren Tragik schon damals weitgehend erkannt worden waren. So ist es auch nicht verwunderlich, daß die Griechen den Notstand ganz im Sinne des rechtsfreien Raumes behandeln, ohne allerdings diesen Begriff zu verwenden. In der griechischen Philosophie wurden die Handlungen, "zu denen die grausame Notwendigkeit zwingt", als Werk des Schicksals und nicht des menschlichen Willens betrachtet. Einen beachtlichen Anhaltspunkt für die

---

(38) Vgl. etwa BAUMANN, Strafrecht, S. 323 f.; MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 278 f.; MEZGER, Strafrecht, S. 128; SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rndn. 53 ff. vor § 51.

Behandlung des Notstandes unter dem Aspekt des rechtsfreien Raumes bieten die Ausführungen des ARISTOTELES in der Nikomachischen Ethik(39), in denen er einige Notstandsfälle vom ethischen Standpunkt aus würdigt. Es entspricht dem Wesen des rechtsfreien Raumes, wenn ARISTOTELES die Frage der Willensfreiheit im Notstand erörtert und den menschlichen Willen als teils frei, teils unfrei betrachtet. ARISTOTELES zieht die Konsequenz und erörtert den Notstand auf ethischer Ebene, d.h. im rechtsfreien Raum.

Auch behandelt KARNEADES den von ihm konstruierten Brett-Fall ganz aus ethischer Sicht. Er hieß die Vernichtung fremden Lebens zur Errettung des eigenen gut. War dies die Meinung vom Standpunkt der Ethik aus, so mußte die Handlung auch vom Recht "gebilligt" werden(40). Damit hatte sich das Recht einer ethischen Entscheidung zu unterwerfen. Dieser Lösungsweg entspricht schon weitgehend der Begründung des Wesens des rechtsfreien Raumes.

3. PUFENDORF

Erst die freiheitlichen Gedanken der Aufklärung fanden wieder zu Notstandserörterungen, die den Weg weisen, die Problematik mit der Idee des rechtsfreien Raumes zu lösen.

Schon HOBBES betont, daß der Selbsterhaltungstrieb das Gesetz im Lebensnotstand notwendig unwirksam machen müsse(41).

---

(39) III 1110 a 15. "Unfreiwillig ist also, was man unwissend tut, und wenn nicht unwissend, doch so, daß es nicht in der Macht des Handelnden stand und daß es unter Zwang geschieht" (V 1135 a 30).
(40) Vgl. REITMEYER, a.a.O., S. 13.
(41) HOBBES, Leviathan 1651 Chapter 27, zit. nach REITMEYER, a.a.O., S. 73.

PUFENDORF ist von diesem Gedanken der Unwirksamkeit des Strafgesetzes stark beeinflußt. Er suchte den Grund der Straflosigkeit der Notstandstaten in der Unwiderstehlichkeit(42). Unter Darstellung u.a. des KARNEADES-Falles stellt PUFENDORF den Grundsatz auf, die Notstandshandlung stehe außerhalb des Gesetzes(43). Er ließ das Wollen des Gesetzes vor dem Selbsterhaltungstrieb des Menschen freiwillig zurücktreten und sah damit den Notstand als einen außerrechtlichen Zustand an(44). Die Notstandshandlung ist also weder widerrechtlich noch rechtmäßig. Der Gesetzgeber müsse berücksichtigen, daß der Mensch im Notstand nicht zu einem Verhalten gezwungen werden könne, das seinen Untergang bewirken würde. Eine solche Bindung sei nicht möglich(45). Die Rechtsordnung "billigt" es, wenn der einzelne seinem Selbsterhaltungstrieb nachgibt. Die Nichtbeachtung der Unabwägbarkeit gegenüberstehender gleicher Rechtsgüter scheint die positive Stellungnahme HOBBES' und PUFENDORFs zum rechtsfreien Raum wesentlich vereinfacht zu haben.

Damit wurde die Idee des rechtsfreien Raumes mit einer heute noch überzeugenden Begründung direkt angesprochen und verfochten. Wie weitblickend ist doch gerade die These PUFENDORFs, der Gesetzgeber müsse sich Selbstbescheidung auferlegen, um dem zu regelnden Sachverhalt gerecht zu werden, zu einer Zeit, die ganz im Zeichen des Gesetzesperfektionismus stand.

---

(42) PUFENDORF, De jure, S. 206; über PUFENDORF: v. HIPPEL, Strafrecht, S. 261; REITMEYER, a.a.O., S. 74 f.; JANKA, Notstand, S. 78.
(43) Vgl. Eb. SCHMIDT, Einführung, S. 146.
(44) OEHLER, S. 489 ff.
(45) PUFENDORF, De jure, S. 203.

4. KANT

Mit einer an die naturrechtliche Denkungsart gemahnenden Wendung und in mittelbarer Anlehnung an die Gedankengänge PUFENDORFs[46] geht KANT[47] bei Behandlung des Notrechts ebenfalls vom "Brett der Schule" des KARNEADES aus. Seinem Prinzip gemäß hält KANT daran fest, daß es keine Not gebe, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig mache. Einschränkend führt KANT dann aus: "Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkenne, der im Schiffsbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer sein, als die des Verlustes des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch ungewiß ist, (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was gewiß ist (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen. Also ist die Tat der gewalttätigen Selbsterhaltung nicht etwa als unsträflich (inculpabile), sondern nur als unstrafbar (inpunibile) zu beurteilen, und diese subjektive Straflosigkeit wird durch eine wunderliche Verwechslung von den Rechtslehrern für eine objektive (Gesetzmäßigkeit) gehalten."[48]

---

(46) KANT gelangte zu einer Notstandstheorie, die mit seinem eigenen allgemeinen Strafrechtsprinzip, wonach die Strafe ein kategorischer Imperativ der Vernunft, ein absolutes Postulat der verletzten Gerechtigkeit ist, in offenkundigem Widerspruch steht.
Vgl. REITMEYER, a.a.O., S. 95; JANKA, Notstand, S. 88.

(47) Metaphysik, S. 40 f.

(48) KANT, Metaphysik, S. 41.

BOCKELMANN[49] hat nachgewiesen, daß sich nach den Ausführungen von KANT der Notstand der rechtlichen Regelung überhaupt entzieht und deshalb aus der "eigentlichen Rechtslehre" "auszuordnen" ist[50]. Das kann nur bedeuten, daß die Notstandshandlung in den rechtsfreien Raum fällt[51]. Wenn OTTO insofern[52] widerspricht, als er meint, die Bezeichnung der Notstandshandlung als "Unrecht" gebe einen klaren Hinweis dafür, daß KANT davon ausging, die Rechtsordnung mißbillige das Verhalten des Notstandstäters, kann dem nicht gefolgt werden. Es wurde im Abschnitt über die Unrechtslehren[53] festgestellt, daß eine rein objektive Betrachtung des Unrechts nicht zu einem rechtsfreien Raum führen kann. Die allein objektive Bewertung des Erfolgs (Erfolgsunwerts) zur Bestimmung des Unrechts wird aber auch von OTTO strikt abgelehnt[54]. Der Einwand von OTTO bleibt aber auch deshalb unverständlich, weil KANT selbst an dieser Stelle das Unrecht nicht objektiv betrachtet wissen will[55]. Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches aus der Tatsache des Erfolges allein schon das strafbare Unrecht herleitet. Wenn auch im allgemeinen, "objektiv" betrachtet, die Handlung des Notstandstäters unrecht ist, so bleibt sie unter den besonderen Umständen des Notstandsfalles "subjektiv" unstrafbar (impunibilis). Und KANT erkennt selbst, daß "das Notrecht" ein "Zwang ohne Recht" ist, daß zur "Entscheidung" der Notstandsfälle "kein Richter aufgestellt werden kann"[56].

---

(49) HEGELs Notstandslehre, S. 4 ff., insbesondere S. 8.
(50) KANT, a.a.O., S. 38.
(51) BOCKELMANN, a.a.O., S. 8, "... und die gleichsam in Epikurs intermundia hingehört"; KANT, a.a.O., S. 38.
(52) a.a.O., S. 60.
(53) Vgl. oben S. 82 ff., insbesondere S. 88 ff.
(54) Vgl. OTTO, Pflichtenkollision, S. 33.
(55) Vgl. KANT, Metaphysik, S. 41.
(56) Vgl. KANT, Metaphysik, S. 39.

Es ergibt sich also, daß auch KANT mit seiner Notstandsbetrachtung unbewußte, aber eindeutige Arbeit an der Schaffung des rechtsfreien Raumes leistete.

5. EXEMTIONSTHEORIE FICHTES

Auch FICHTE, der Zeitgenosse KANTs, erkannte, daß das Recht nur begrenzte Reichweite hat. Eindeutig auf der Grundlage des Naturrechts(57) stehend, bejahte er ebenfalls am Beispiel des "Wunderbretts der Schule", aber mit anderer Begründung, unbewußt die Idee eines rechtsfreien Raumes. FICHTE geht mit seiner sogenannten Exemtionstheorie wie beispielsweise auch Hugo GROTIUS von der Annahme aus, daß Staat und Recht ursprünglich durch einen freien Willensakt begründet worden seien und folgert daraus, daß Gegenstand des Rechts die Lösung der Frage sei: "... Wie können mehrere freie Wesen als solche beisammen bestehen?"(58) Dabei wird "die Möglichkeit des Beisammenbestehens überhaupt" begriffliche Grundvoraussetzung des Rechts, das "ganze Objekt des Rechtsbegriffs"(59). Dieses Recht soll eingreifen, "wenn zwei freie Wesen ... durch bloße Naturkausalität in die Lage kommen, daß eines von beiden sich nur durch den Untergang des anderen retten könne, und, wenn nicht eines von beiden geopfert wird, beide zugrunde gehen"(60), fällt diese Grundvoraussetzung und damit "die Frage nach dem Rechte ganz und gar weg"(61). Es gibt also kein Notrecht, die Notstandstat

---

(57) FICHTE, Grundlage des Naturrechts.
(58) FICHTE, a.a.O., S. 247.
(59) FICHTE, a.a.O., Einleitung II, 4, S. 9.
(60) FICHTE, a.a.O., S. 246.
(61) FICHTE, a.a.O., S. 247.

ist aber auch nicht rechtswidrig, "denn es ist vom Rechte überhaupt nicht mehr die Rede"(62). "Die Natur hat die Berechtigung für beide, zu leben, zurückgenommen; und die Entscheidung fällt der physischen Stärke und der Willkür anheim ... so kann man das Notrecht beschreiben, als das Recht, sich als gänzlich exemt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten"(63).

Die Notstandshandlung wird also als außerhalb der Grenzen des Rechts, im rechtsfreien Raum stehend, angesehen. Die Einwände, die OTTO(64) gegen die Exemtionstheorie FICHTEs vorbringt, gehen von den bekannten positivistischen Voraussetzungen eines "universalen" Rechtsbegriffs aus und wenden sich eigentlich in erster Linie gegen die Überzeugung von der Existenz eines objektiv richtigen, an Wertmaßstäben orientierbaren Rechts selbst. Zu den von OTTO an dieser Stelle vorgebrachten Gründen wie Rechtssicherheit, Wertgehalt "rechtlicher Stellungnahme" und Anspruch des Rechts auf seine eigentliche Funktion der Ordnung von Lebenssachverhalten wurde im Rahmen dieser Arbeit schon eingehend Stellung genommen.

Im Gegensatz zu PUFENDORF, KANT und FICHTE suchten FEUERBACH und HEGEL die Lösung des Notstandes innerhalb der Rechtsordnung. Sah FEUERBACH mit der Lehre des unwiderstehlichen Zwangs (psychologischer Zwang) die Lösung im Ausschluß der

---

(62) FICHTE, a.a.O. FICHTE sagt ausdrücklich: "Sonach gibt es kein positives Recht, das Leben des anderen meiner eigenen Erhaltung aufzuopfern; es ist aber auch nicht rechtswidrig, d.i. nicht streitend mit einem positiven Rechte des anderen, sein Leben, um den Preis des meinigen, zu erhalten; denn es ist hier vom Rechte überhaupt nicht mehr die Frage."

(63) FICHTE, a.a.O., S. 247. Vgl. auch BOCKELMANN, HEGELs Notstandslehre, S. 14 ff.

(64) Pflichtenkollision, S. 61.

Zurechnungsfähigkeit[65], also im subjektiven Bereich, so legte HEGEL den Schwerpunkt des Notstandsrechts auf die objektive Seite und hielt die Notstandshandlung für rechtmäßig[66].

6. KODIFIKATIONEN IM 19. JAHRHUNDERT

Die umfassende und vielseitige Erörterung des Notstandsproblems durch Philosophen und Juristen hat zunächst nicht zu bewirken vermocht, daß eine allgemeine Notstandsregelung kodifiziert wurde. Die Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts hielten sich an die überkommene Gewohnheit, lediglich Einzelfälle wie etwa den Notdiebstahl zu regeln[67], eine allgemeine Notstandsregelung aber zu vermeiden. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 enthält nur eine Bestimmung über den Notdiebstahl; es erkennt ihn in Teil II Titel 20 § 1115 zwar nicht als straflos, "doch wird dem Richter verordnet, den Fall höheren Ortes zur Begnadigung anzuzeigen"[68].

---

(65) Vgl. BOCKELMANN, a.a.O., S. 16 ff.; JANKA, Notstand, S. 92. Obwohl FEUERBACHs "Zurechnung" mit dem heute gelehrten Schuldbegriff wenig gemein hat, kommt seine Lehre der modernen Schuldlehre doch sehr nahe; es besteht eine Beziehung zu der FREUDENTHAL-GOLDSCHMIDTschen Lehre.

(66) Vgl. BOCKELMANN, a.a.O., S. 21 ff.; JANKA, a.a.O., S. 141.

(67) Vgl. oben S. 167 f. Diese Handhabung nimmt, soweit ersichtlich, bei HAMMURABI den Anfang und erhält sich bis ins 19. Jahrhundert.
Erwähnenswert ist hier die "Peinliche Gerichtsordnung" Kaiser Karl V. von 1532 (CAROLINA), die in den Artikeln 166 und 175 (Notdiebstahl) die Straflosigkeit in das billige Ermessen der Richter stellt.

(68) Vgl. JANKA, Notstand, S. 224.

Auch das von FEUERBACH verfaßte Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 und das auf dem FEUERBACHschen StGB aufbauende Preußische Strafgesetzbuch von 1851 sowie die übrigen deutschen Partikularstrafgesetzbücher übergehen den Notstand als solchen stillschweigend(69).

Diese weitverbreitete Praxis, lediglich besondere Notstandshandlungen gesetzlich zu regeln, eine allgemeine Bestimmung aber zu unterlassen, läßt zwar den oben gezogenen Schluß zu, daß dadurch der Idee des rechtsfreien Raumes Ausdruck verliehen wird, sie zwingt aber gleichzeitig zu der Feststellung, daß diese Methode, dem rechtsfreien Raum im allgemeinen und gerade beim Notstand im besonderen Geltung zu verschaffen, nicht die dem Prinzip und der Praxis dienlichste ist. Sie gibt der Lehre und der Rechtsprechung durch zwar -- im Sinne des rechtsfreien Raumes -- konsequente aber ebenso extreme Befolgung des Prinzips Veranlassung, tätig zu werden und vermeintliche Lücken zu schließen. Dies schadet aber der Idee des rechtsfreien Raumes, da in der Regel die Neigung besteht, fälschlicherweise von dem normierten und rechtlich bewerteten Einzelfall auf ein allgemeines Prinzip zu schließen. Ein völliges Schweigen des Gesetzgebers zum allgemeinen Notstand hindert eine Behandlung dieser Fälle im Sinne des rechtsfreien Raumes. Es kann sich beim Notstand um typische Fälle scheinbarer rechtlicher Relevanz handeln: um Lebenssachverhalte, die einen normierten Straftatbestand erfüllen, denn es wurde, um als Beispiel den Fall des Weichenwärters zu erwähnen, tatsächlich getötet. Diese Lebenssachverhalte sind jedoch einer rechtlichen Bewertung, einem Unrechtsurteil, nicht zugänglich. Es bedarf für diese Lebenssachverhalte einer festgelegten formellen negativen "Einweisungsvorschrift", um sie den Erfordernissen des rechtsfreien Raumes entsprechend behandeln zu können. Der Richter muß eine sichere Handhabe

(69) Vgl. JANKA, a.a.O., S. 224 ff., S. 230 ff; REITMEYER, Die historische Entwicklung der Notstandslehre, S. 102 ff.

haben, um den Fall aus dem Rechtsgebiet herausweisen und dem rechtsfreien Raum zuweisen zu können.

Die Idee des Preußischen Allgemeinen Landrechts, dem Richter die "Verordnung" an die Hand zu geben, den speziellen Notstandsfall höheren Orts zur Begnadigung anzuzeigen, entspricht dem Erfordernis eines negativen Regulativs für in den rechtsfreien Raum fallende, scheinbar rechtlich relevante Notstandsfälle. Hier wie dort handelt es sich um eine formelle Verweisungsmöglichkeit "in den rechtsfreien Raum hinein"(70). Das andere Extrem, über eine formelle Zuordnungsbestimmung hinauszugehen und eine materielle, allgemeine Notstandsregelung zu normieren, schadet der Verwirklichung der Idee des rechtsfreien Raumes in gleicher Weise wie die Methode, den Notstand mit völligem Schweigen zu übergehen. Wie das Beispiel des § 54 des geltenden Strafgesetzbuches gezeigt hat, reicht es nicht aus, eine materielle Notstandsbestimmung nur "neutral" abzufassen(71). Diese Art von Neutralität -- also eine bloße Vermeidung der Ausdrücke "gerechtfertigt" oder "entschuldigt" -- läßt eine materiell rechtliche Bewertung, d.h. die Möglichkeit einer rechtlichen Bewertbarkeit als "rechtswidrig" oder "rechtmäßig" zu; ebenso ist auch eine Interpretation als "unverboten" oder "strafausschließend" möglich. Noch extremer erweisen sich die §§ 39 I und 40 I des Entwurfs 1962, die -- ganz im Zeichen des gesetzgeberischen Perfektionismus stehend -- unter anderem den bisher als "übergesetzlich" bezeichneten Notstand

---

(70) Angesprochen ist hier lediglich die formelle Verweisungsmöglichkeit. Ähnlichkeit besteht auch insofern, als ein Gnadenerweis ein Akt ist, der mit dem Recht oder Unrecht nichts zu tun hat. Der alles entscheidende Unterschied besteht darin, daß "materiell" dem Gnadenerweis eine Verurteilung, mithin ein Unrechtsurteil vorangeht.

(71) § 54 StGB lautet in der entscheidenden Phase: "Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden..."

normieren und eindeutig die vieldeutige "Neutralität" zugunsten einer rechtlichen Bewertung und Stellungnahme aufgeben.

7. ARGUMENTE FÜR DEN RECHTSFREIEN RAUM IM RAHMEN DER AKTUELLEN NOTSTANDSDISKUSSION

A. Gründe für die "unverbotene" Notstandshandlung

Bedeutende Argumente für die Idee des rechtsfreien Raumes wurden in der Wissenschaft erst dann wieder verfochten, als auf Grund der Kodifizierung des Notstandes in den §§ 52 und 54 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 eine erbitterte Diskussion um die Behandlung des Notstandes im allgemeinen und die Auslegung der Notstandsbestimmungen im besonderen einsetzte[72] und die Notstandshandlung auch als "u n v e r b o t e n"[73] angesehen werden sollte. Diese Lehre beruht

---

(72) Vgl. oben S. 160 ff.

(73) Die Bezeichnung "unverboten" wird nicht einheitlich verwendet. Der Begriff ist seiner Berechtigung und Tragweite nach umstritten.
Vgl. hierzu ENGISCH, Notstand und Putativnotstand, S. 426.
In der vorliegenden Arbeit ist mit der Bezeichnung "unverboten" direkt der rechtsfreie Raum angesprochen. Man kann also sagen, daß der Begriff "unverboten" eine Handlungsfreiheit bezeichnet, die nicht zugleich Ausübung einer Berechtigung ist, also sich nicht auf die Gewährung eines subjektiven Rechts (Art. 2 I GG) oder auf die Erteilung einer rechtlichen Befugnis oder Erlaubnis berufen kann. Es wird erinnert an die Freiheit, sich in gewissen Notstandsfällen frei für die eine oder die andere Lösung zu entscheiden, oder an die Freiheit, sich selbst zu töten. -- Synonym zu "unverboten" werden mitunter auch Formulierungen wie "rechtlich indifferent", "nicht verboten aber auch nicht erlaubt" oder "rechtlich frei" gebraucht. (Vgl. im einzelnen oben S. 135 ff., 151 ff.)

mehr oder weniger übereinstimmend auf dem Gedanken, daß die Rechtsordnung die subjektive Unvermeidbarkeit der Notstandshandlung anerkennen müsse und demgemäß das Verletzungsverbot zugunsten des Notstandstäters "zurücknehmen" müsse, d.h., daß das Recht auf die Befolgung der Norm verzichten müsse.

Damit wird erneut die die Diskussion um den rechtsfreien Raum ständig begleitende und belastende Vorfrage nach dem Standpunkt aufgeworfen, den der jeweilige Diskussionsteilnehmer gegenüber dem Rechte und dessen Grenzen bezogen hat. Diese Erfahrung, daß über den eigenen Standpunkt meist keine konsequente Klarheit herrscht, belastet den Versuch, die Notstandsfälle als "unverboten" anzusehen, sie als dem rechtsfreien Raum zugehörig zu identifizieren. Die Unklarheiten, die bei dieser Frage schon im Ausgangspunkt bestehen, führen dann zwangsläufig bei der Begründung zu Begriffsverwechslungen, mindestens zu Begriffsunklarheiten. Die Notstandslehre, die sich im allgemeinen bereits in einem Zustand der Verwirrung befindet, erfährt nunmehr durch weitverbreitete Unklarheiten bei der Behandlung des rechtsfreien Raumes eine zusätzliche Belastung.

Trotz mancher Unklarheiten leisten die genannten Autoren unbewußte Arbeit am Begriff des rechtsfreien Raumes, wenn auch ihre Ausführungen nicht direkt als Begründung für den umrissenen rechtsfreien Raum bezeichnet werden können. Die meisten Vertreter, die die Notstandshandlung als unverboten betrachtet sehen wollen, begnügen sich mit rein rechtsdogmatischen Erörterungen und lassen eine Gesamtkonzeption vermissen, während andere positivistisch argumentieren. Die Mehrzahl der Autoren gibt jedoch unumwunden zu, daß das Recht in den Notstandsfällen nichts mehr zu regeln und nichts mehr zu sagen habe. Ohne juristischen Standort und ohne philosophische Gesamtkonzeption ist man allgemein darauf angewiesen, den erstreb-

ten "rechtsfreien Raum" damit zu begründen, daß die Rechtsordnung speziell in diesen Notstandsfällen auf die Anwendung ihrer Normen "verzichte" und sie "zurückziehe". Damit wird mit Hilfe unvollständiger und auf jeden Fall anfechtbarer Gedankenführung(74) im nachhinein allenfalls ein rechtsleerer Raum konstruiert. In einem echten rechtsfreien Raum braucht die Rechtsordnung nicht nachträglich zu "verzichten" oder speziell nach willkürlich freiem Willen Normen "zurückziehen"; dieser rechtsfreie Raum ist von vornherein vorhanden, und speziell die Notstandsfälle von scheinbarer rechtlicher Relevanz liegen von vornherein jenseits der Rechtsgrenzen, innerhalb dieses rechtsfreien Raumes. Den Vertretern, die im Einzelfall einen sogenannten "rechtsfreien Raum" aposteriorisch konstruieren und die Notstandshandlungen als "unverboten" angesehen wissen wollen, muß als Gegenargument und Möglichkeit der konsequente Gedanke RADBRUCHs von der "Universalität" des Rechts entgegengehalten werden. Auch das "Verzichten", das "Zurückziehen", kann nur im Rahmen des Geregelten geschehen. Dem rechtsfreien Raum ist aber jegliche rechtliche Regelung oder Mitregelung fremd.

Insofern irrt beispielsweise WÄCHTER(75), wenn er die von BINDING, HOLD von FERNECK, OETKER, HENKEL und ENGELHARD für eine unverbotene Notstandshandlung gegebenen Begründungen ohne weiteres als passend für den rechtsfreien Raum betrachtet. Diesen Begründungen können allenfalls mit Vorbehalt Argumente für den rechtsfreien Raum entnommen werden. Ob die einzelnen Autoren tatsächlich den rechtsfreien Raum im hier vertretenen Sinne ansprechen wollten, ist zweifelhaft und kaum feststellbar, da sich keine konkreten Angaben über Standort und Gesamtkonzeption finden.

---

(74) Vgl. oben S. 144 ff., insbesondere S. 147 ff.
(75) Die Schwangerschaftsbeseitigung, S. 66 f.

Widersprüchlich äußert sich insbesondere BINDING[76], der Begründer der Lehre vom "Unverbotensein". Seinen Ausführungen nach "verzichtet" das Recht auf die Befolgung der Norm, weil es dem Interesse der Rechtsordnung gleichmäßig widerstreiten würde, ihre Befolgung in den genannten Fällen zu fordern, und weil es natürlich sei, daß der Gefährdete seinem Trieb zur Rettung nachgebe. Andererseits fügt BINDING an gleicher Stelle hinzu, die Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes sei deshalb kein Recht, sie sei aber auch nicht dem Rechte zuwider[77].

Dieser nicht ganz eindeutigen Argumentation folgen im wesentlichen alle Autoren, die den Notstand als unverboten behandelt wissen wollen. HOLD von FERNECK begründet den hier vertretenen Gedanken des rechtsfreien Raumes vergleichsweise am deutlichsten: "Eine Pflicht zur Schonung Dritter hat der Staat dem im Notstand Befindlichen nicht auferlegt, weil eine solche Pflicht von vornherein für unwirksam gehalten wird. Dann ist die Handlung nicht eine entschuldigte, sondern eine rechtlich irrelevante"[78]. HOLD von FERNECK erkannte auch, daß das Recht sich nur am Durchschnittsmaßstab orientiere und eine Norm nicht ergehen lasse, wenn in besonderen Lebenslagen voraussichtlich die meisten Gruppenangehörigen nicht mehr imstande sind, fremde Interessen zu achten[79].

OETKER[80] folgert aus der Anerkennung des Selbsterhaltungstriebes als Notstandsprinzip das Unverbotensein der Notstands-

---

(76) Handbuch, S. 763.
(77) a.a.O., S. 763 ff.; vgl. auch derselbe, Normen, S. 129 ff.
(78) HOLD von FERNECK, Rechtswidrigkeit, Bd. II, S. 144. Vgl. auch Bd. I, S. 203 f. und S. 338.
(79) HOLD von FERNECK, a.a.O., Bd. I, S. 337; vgl. auch Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 29.
(80) Notwehr, S. 366 ff.

handlung: das Verbot müsse "zurückgezogen" werden, weil es zuviel verlangt wäre, auf Beachtung des Verbots zu bestehen.

Die Äußerungen HENKELs[81] dagegen sprechen in direkter Weise den rechtsfreien Raum an: Er stellt den sittlichen Aspekt in den Vordergrund, indem er darauf aufmerksam macht, daß die "ethische, sittliche und gar erst religiöse Beurteilung solcher Nothandlungen äußerst zweifelhaft" ist. Die Rechtsordnung müßte sich hier ihrer Schranken bewußt sein, das Recht müsse aus diesem Grunde "weise Zurückhaltung" üben. HENKEL erkennt unter diesen Voraussetzungen die Notstandshandlung als unverboten.

Nach ENGELHARD[82] ist die Rechtsordnung wegen des objektiv nicht verwerflichen Selbsterhaltungstriebs nicht in der Lage, ein Unwerturteil über den Täter zu fällen.

Ähnlich sagt ENGISCH[83], daß der Strafgesetzgeber auf die Aufrechterhaltung des Tötungsverbots "verzichte", da die menschliche Natur der Befolgung der Norm einen unüberwindlichen Widerstand entgegensetze. Das Recht zieht hier seine Befehle angesichts gewisser Lebenskreise und Situationen zurück.

MAURACH formulierte diese Gedanken in seiner frühen Schrift über den Notstand[84] kurz und treffend: "Den Kampf ums Leben stellt die Rechtsordnung frei." Und noch einmal sei ENGELHARD zitiert, der ein treffendes Beispiel für die Zwiespältigkeit von Ausgangspunkt und Ziel bietet. Er sagt

---

(81) Notstand, S. 92.
(82) Strafrecht, S. 15 ff.
(83) Der rechtsfreie Raum 1952, S. 408.
(84) MAURACH, Kritik, S. 31. Aber auch MAURACHs Äußerungen lassen zweierlei Möglichkeiten zu: Vgl. oben S. 142 f.

nämlich: "Die Straflosigkeit des Notstandes bedeutet einen Verzicht des Gesetzgebers darauf, seine Normen auch für solche Fälle aufrechtzuerhalten, und dadurch entsteht ... ein rechtsleerer Raum, d.h. eine rechtlich nicht geregelte Situation. Was in diesem Raum geschieht, ist -- mangels entgegenstehender Norm -- nicht rechtswidrig, es ist aber ebensowenig -- mangels einer billigenden Norm -- rechtmäßig. Die Handlung ist rechtlich ebensowenig "erlaubt" wie "verboten", sondern lediglich "unverboten, rechtlich indifferent"(85). ENGELHARD scheint auf den rechtsfreien Raum abzustellen, seine Worte drücken aber deutlich aus, daß er mit der Idee fälschlicherweise das künstliche Vakuum gleichsetzt, das innerhalb der Rechtsordnung dann entsteht, wenn ein wohlgeneigter Gesetzgeber ausnahmsweise eine Norm zurückzieht.

SIEGERT(86) setzt die rechtsfreie Handlung der unverbotenen gleich und bezeichnet bestimmte Notstandshandlungen als im "wertungsfreien Raume" liegend.

ENGISCH(87) sieht die Schwierigkeiten für die Begründung eines rechtsfreien Raumes, die sich aus dem "Verzicht" der Rechtsordnung, bei gewissen Notstandsfällen einzugreifen, ergeben. Zwar meint auch er, daß das Recht nicht darum herumkomme, das "Faustrecht"(88) walten zu lassen, und es sei dann vielleicht die

---

(85) ENGELHARD, a.a.O., S. 15, 16 und 20 ff.
(86) Notstand, S. 33.
(87) Der rechtsfreie Raum 1952, S. 414 f.
(88) Zu dem Gegenargument des "Faustrechts" vgl. noch: GOLDSCHMIDT, Notstand, S. 6; ENGELHARD-RADBRUCH, Strafrecht, S. 23 ff.; FREY, Zumutbarkeit, S. 91; und LENKNER, Der rechtfertigende Notstand, S. 25. Es muß aber berücksichtigt werden, daß Wirkungskraft von Sitte und Moral gänzlich verneint würde, wollte man keine Maßstäbe für ethisch vertretbares Verhalten bestehen lassen. Eine Bewertung als generell strafwürdig ist doch damit noch nicht ausgesprochen! Es handelt sich schließlich nicht um die "Kapitulation vor den stärkeren Fäusten" (so LENKNER), sondern doch um die Hinnahme von unabänderli-

angemessene Verhaltensweise, sich von jeder Bewertung zurückzuziehen, statt etwa beiden Parteien recht zu geben und sie auf diese Weise im Namen des Rechts "aufeinanderzuhetzen". Abgesehen davon, daß auch die direkte Überantwortung der Entscheidung an das "Faustrecht" nicht Sache des Rechts sein kann, wären auch hier differenziertere Lösungen denkbar. ENGISCH selbst erkennt die Schwäche solcher Argumentation, wenn er unmittelbar anschließt: "Freilich bleibt das Bedenken zurück, daß auch diese neutrale Einstellung immer noch eine Art von Bewertung bedeutet." Und ENGISCH kommt auch zu dem Schluß, daß man dort von einem Gebiet rechtlicher Indifferenz, also von einem rechtsleeren Raum sprechen darf, "wo sich das Recht nicht einmal von einer Bewertung 'zurückzieht', sondern zu einer Bewertung überhaupt erst keinen Anlaß findet"(89).

Damit ist das Wesen des rechtsfreien Raumes eindeutig und treffend charakterisiert. Es bleibt dann letztlich nur noch die Frage nach der ethischen Bewertung der Notstandshandlung. Dieses Problem ist aber von vornherein außerhalb des Rechts angesiedelt, nämlich im ethischen Bereich und kann auch nur dort diskutiert werden.

---

chen Fakten! Vgl. hierzu auch Hellmuth MAYER, Strafrecht, S. 156; WÄCHTER, Die Schwangerschaftsbeseitigung, S. 70. Diese Argumentation ist ähnlich bereits bei FICHTE zu finden! (Grundlagen des Naturrechts, S. 247) Auch liegt der hier vertretenen ethischen Auffassung das Argument von STAMMLER (Darstellung des Notstands, S. 76) völlig fern, daß der Stärkere für die Rechtsordnung der Wertvollere sei. Abgesehen davon, daß damit gerade die den Menschen auszeichnende Geisteskraft negiert würde, stellt das Rechtsgut Leben einen absoluten Höchstwert dar, der keinerlei Wertabstufungen unterzogen werden kann.

(89) Der rechtsfreie Raum 1952, S. 415.

B. Gründe gegen die "unverbotene" Notstandshandlung

Mitunter kommt es vor, daß scharf formulierte Gegenmeinungen über das Ziel hinausschießen und bei nüchterner Betrachtung gerade der angegriffenen Position treffende Argumente der Rechtfertigung liefern(90). So sprechen die Gründe, die OTTO(91) g e g e n die "u n v e r b o t e n e" Notstandshandlung vorträgt, nicht allein für die von ihm beabsichtigte Auslegung, sondern auch weitgehend gegen sie. Wenn es noch zu verstehen ist, daß die Rettungshandlung des Überlebenden im Brettfall des KARNEADES von OTTO auf Grund seines juristischen Standpunktes endgültig als rechtswidrig beurteilt wird, so bleibt aber die lebensfremde Begründung hierfür unverständlich. Sie spricht unwillkürlich im Sinne der Argumentation für eine "unverbotene" Notstandshandlung und braucht nach dem bereits Ausgeführten nicht formell widerlegt zu werden: "Der im Wasser Schwimmende maßt sich hier die Befugnis an, zu seinen eigenen Gunsten über das Leben des anderen zu verfügen, indem er diesem die Chance nimmt und sie egoistisch nutzt. Da aber beide Menschen als gleichwertig gesehen werden müssen, kann die Rechtsordnung keinem einen Anspruch einräumen, Rechte und Chancen eines anderen beliebig zu mißachten. Die Rechtsgemeinschaft muß daher die Handlung desjenigen mißbilligen, der den Besitzer von der Planke stößt. Selbst wenn der durchschnittliche Rechtsgenosse in gleicher Situation nicht anders handeln würde, kann die Rechtsordnung diese Handlung nicht billigen. Sie muß es vielmehr in ihrer Funktion, das Miteinander zu ordnen und vorzuzeichnen, miß-

(90) Zu denken ist hier etwa an eine Folgerung aus dem Gegenteil (argumentum e contrario).
(91) Pflichtenkollision, S. 70.

billigen, daß jemand -- sei es auch im Falle extremer Not -- sich willkürlich die Position eines anderen anmaßt"[92].

Diese Gedanken sind im Grunde nichts anderes als die konsequente Durchführung einer rein positivistischen Orientierung, d.h. die beliebige Ausdehnung der Rechtskompetenz. Man sieht sich an den Ausgangspunkt der Erörterungen zurückversetzt und stellt erneut die Frage nach dem Wesen des Rechts. Ist es denn wirklich Sinn und Zweck des Rechts, Aufgaben der "Hochethik" zu übernehmen?

Auch hat LENCKNER in der bereits erwähnten Monographie[93] zu beweisen versucht, daß das "Phänomen eines weder rechtswidrigen noch rechtmäßigen Notstandes als solches überhaupt nicht denkbar"[94] sei. Die Gegenargumente zu diesem formal-logischen Schluß hat namentlich PHILIPPS[95] geliefert. Und auch WÄCHTER[96] hat sehr richtig die Argumentation von LENCKNER widerlegt und bewiesen, daß nicht lediglich "aus Prinzip" ein "Nein" zur Indifferenz der Notstandshandlung gesagt werden kann. "Das Strafrecht ist nicht dazu da, Prinzipien um jeden Preis aufrechtzuerhalten und zu verwirklichen. Es hat sich an den Tatsachen des Lebens zu orientieren, wenn es ihm gerecht werden und sich nicht nur als "Ideenhimmel" über der vielfältigen Wirklichkeit wölben will."[97] Wird der Maßstab der Gerechtigkeit verloren und nur das Prinzip um des Prinzips willen vertreten, so kommt es am Ende zu Ansichten, wie sie der englische Richter in dem berühmten Urteil über den Mignonette-Fall ausführte: "Wir sind oft gezwungen, Maße aufzustellen, die wir selbst nicht erreichen können, und Normen festzulegen,

---

(92) OTTO, a.a.O.
(93) Der rechtfertigende Notstand, S. 15 ff.
(94) a.a.O., S. 18.
(95) In: Sinn und Struktur, sowie in: Rechtliche Regelung; vgl. auch oben S. 136 ff.
(96) Die Schwangerschaftsbeseitigung, S. 68 f. Auf WÄCHTERs Gegenausführungen kann im gesamten verwiesen werden.
(97) WÄCHTER, a.a.O., S. 69.

denen wir selbst nicht Genüge tun können."[98] Hier beginnt das Gegenargument Rechtssicherheit und das von LENCKNER und OTTO strapazierte Gegenargument des Prinzips sich umzukehren und für die "unverbotene" Notstandshandlung zu sprechen.

C. Entschuldigender Notstand

Nicht nur speziell für oder gegen den "unverbotenen" Notstand gezielte Argumente und Begründungen vermögen letztlich ungewollt für den rechtsfreien Raum zu sprechen, sondern auch Argumentationen, die den Notstand als "e n t s c h u l d i g t" angesehen wissen wollen, liefern mittelbare Beweise für eine rechtsfreie Betrachtung des Notstandes. Die auf FEUERBACH[99] zurückgehende Lehre, die den Notstand als Entschuldigungsgrund darstellt, ist heute in Wissenschaft[100] und Rechtsprechung[101] die herrschende. Die Fortentwicklung der FRANKschen Schuldlehre[102] durch GOLDSCHMIDT[103] und

---

(98) Zitiert nach RADBRUCH, Der Geist des englischen Rechts, S. 74.
(99) Vgl. oben S. 176, Anm. 65.
(100) Vgl. oben S. 164, Am,. 24.
(101) Vgl. etwa: RGST 61, 249; 62, 137; 63, 34; 64, 31 und BGHSt 2, 243.
(102) FRANK hatte 1907 den Grundstein zu dieser modernen Schuldlehre gelegt (Aufbau des Schuldbegriffs, S. 521 ff.) und hat hierdurch die Diskussion um diese Fragen ausgelöst. FRANK selbst glaubte noch, bei Vorsatztaten nicht über die Entschuldigungsmöglichkeiten der gesetzlichen Notstandsvorschriften hinausgehen zu können. Er erblickte darin nicht nur eine negative Vertypung der Schuldhaftigkeit, sondern war zudem im Hinblick auf das künftige Recht aus Gründen der Rechtssicherheit dieser Entwicklung gegenüber skeptisch eingestellt. (Vgl. FRANK, Strafgesetzbuch, Vorbem. II, 3 vor § 51)
(103) Diese Lehre geht vom FRANKschen Begriff des "normativen Schuldelements" aus: eines als Pflichtnorm neben der Rechtsnorm stehenden Elements des Begriffs "Schuld"

FREUDENTHAL[104], die beide die Zumutbarkeit als besonderes Schuldmerkmal unterstrichen hatten, bewirkte, daß eine primär subjektive Beziehung des Täters zu seiner Handlung hergestellt werden konnte. Zur Begründung wird gesagt, daß der Gesetzgeber dem den Normen Unterworfenen nicht zumuten könne,

---

(das sich in der Beschaffenheit der begleitenden Umstände erschöpft) und ist als der Maßstab für die Bewertung der Handlungsweise des Notstandstäters eben in dieser Pflichtnorm zu finden. Die schuldlose Verletzung einer Pflichtnorm findet ihre Begründung im Vorhandensein eines Entschuldigungsgrundes. Dieser wieder beruht auf einem überwiegenden und gebilligten Motiv, in einer Lage, in der dem Täter nach den Umständen nicht zugemutet werden kann, sich dem Pflichtmotiv zu fügen. Als ein solches Motiv gilt grundsätzlich und vor allem die Not. (GOLDSCHMIDT, Notstand, S. 162) Im Anschluß hieran kommt GOLDSCHMIDT zur Anerkennung von "übergesetzlichen" Entschuldigungsgründen. Er erklärte nämlich innerhalb seiner "Pflichtnormentheorie" die Anerkennung "übergesetzlicher" Entschuldigungsgründe für zwingend, weil es Motive gebe, die bei einem Durchschnittsmenschen überwältigende und daher von der Rechtsordnung zu respektierende Kraft besäßen. Die Rechtsordnung müsse anormale Motivierungen anerkennen, die die Bestimmbarkeit durch die Pflichtnorm aufheben würden, und zwar dort, wo die Befolgung dieser Norm nicht mehr zumutbar sei. Entweder sei die "Zumutbarkeit" Grundlage der Schuldzurechnung oder aber die "Nichtzumutbarkeit" eine Ausnahme von der Pflichtnorm, deren Geltung sie ausschließe. (Normativer Schuldbegriff, S. 428 ff., insbesondere S. 442, 447 und 452.)

(104) Am weitesten ist in dieser Richtung FREUDENTHAL gegangen: er sagte, daß die Vorwerfbarkeit nicht nur Begriffsmerkmal der Fahrlässigkeit, sondern auch des Vorsatzes, also ein allgemeines Schuldelement sei. Daraus folgerte er, daß derjenige nicht vorsätzlich handle, "wem nach den Umständen nicht zugemutet werden kann, von der Verwirklichung des Tatbestandes abzusehen". (Schuld und Vorwurf, S. 10 f.) Und nur so glaubt FREUDENTHAL, die Unstimmigkeiten juristischen und menschlichen Urteils, jene freisprechenden Urteile vermeiden zu können, die den Juristen beunruhigen, den Menschen aber befriedigen, weil es "pharisäerhaft" erscheint, "dem Angeklagten aus seinem uns voll verständlichen Verhalten einen Vorwurf zu machen." (a.a.O., S. 27 f.)

lieber in der Not unterzugehen, als in fremde Rechtsgüter einzugreifen und auf deren Kosten den Notstand abzuwehren.

Daraus wird gefolgert, daß jede Rechtsordnung dort ihre Grenzen findet, wo das Leben des ihr unterworfenen Bürgers auf dem Spiele steht. Der Staat kann von seinen Bürgern keinen Heroismus verlangen. Der jedem Menschen innewohnende Selbsterhaltungstrieb wird dabei insbesondere von der Rechtsprechung[105] in den Vordergrund gestellt. WELZEL[106] argumentiert, daß "dem in Not befindlichen Täter ein rechtmäßiges Verhalten mit Rücksicht auf die menschliche Schwäche nicht zuzumuten sei". HENKEL[107] meint, die Rechtsordnung habe die "Wahl des kleineren Übels" zu billigen. Eb. SCHMIDT[108] entschuldigt den Notstandstäter auf Grund der "seelischen Notlage", in der er sich befunden habe. Dem erwachenden "Selbsterhaltungstrieb" gegenüber verlören die Normen ihre motivierende Kraft, da jeder andere, auch der Richter, in der Lage des Täters unvermeidbar gleichermaßen rechtswidrig gehandelt hätte.

Mit solchen im Schuldbereich geführten Begründungen wird -- sicherlich unbewußt -- der Idee des rechtsfreien Raumes gewissermaßen in letzter Instanz doch noch zur Anwendung verholfen. In diese Richtung zielend sind auch die Ausführungen Eb. SCHMIDTs[109] zu verstehen, wenn er die Frage aufwirft, ob und inwieweit Güter- und Pflichtenkollisionsfälle "unter Rechtfertigungsgesichtspunkten vielleicht gar nicht gewertet" werden dürfen, sondern vielmehr die Schuldproblematik herausfordern.

---

(105) Vgl. oben S. 188, Anm. 101.
(106) Strafrecht, S. 161.
(107) Notstand, S. 92.
(108) Eb. SCHMIDT in von LISZT-SCHMIDT, S. 201.
(109) Kritische Erörterungen, S. 629 ff. (631).

Von einem rechtsfreien Raum kann streng genommen im Bereich der Schuld nicht mehr gesprochen werden. Entscheidet es sich doch an früherer Stelle im Verbrechensaufbau, nämlich bei der Bewertung des Unrechts, ob bei Beurteilung eines gewissen Lebenssachverhalts ein rechtsfreier Raum vorhanden ist. Bei genauer Analyse der Begründungen für die Entschuldigung des Notstandstäters drängt sich nämlich der Verdacht auf, daß mit solchen Beweisführungen eine Wiedergutmachung an dem Leitbild der Gerechtigkeit an später, dogmatisch streng betrachtet, an zu späterer Stelle erfolgen soll.

D. Zumutbarkeitsgedanke und übergesetzlicher entschuldigender Notstand

Diese Verdachtsmomente werden bestätigt und noch verdichtet, wenn die in der Literatur angeführten Begründungen für den "Zumutbarkeitsbegriff" und für das Vorhandensein eines "übergesetzlichen entschuldigenden" Notstandes untersucht werden.

Wird von Zumutbarkeit im Strafrecht, speziell beim Notstand gesprochen(110), so wird damit stets das Problem des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes angeschnitten. Damit

---

(110) Vgl. hierzu FREY, Zumutbarkeit, S. 82 ff.
Der Begriff der Zumutbarkeit erscheint als Regulativ in allen Rechtsgebieten, so im Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs-, Verfassungs-. Völker- und Steuerrecht (vgl. FREY, a.a.O., S. 9 ff).
Vgl. auch oben S. 65 f. Bereits die undogmatische Erkenntnis, niemand könne verpflichtet sein, Unmögliches zu leisten (ultra posse nemo obligatur) bildet praktisch den Ausgangspunkt für die Lehre der Zumutbarkeit. Die Idee des rechtsfreien Raumes ist nicht nur diesem Ausgangspunkt verhaftet, sondern sie liegt auch noch in der verfeinerten dogmatischen Konstruktion der Zumutbarkeit.

wird ein Lösungsweg eingeschlagen, der zwar im Bereich der Schuld erörtert wird, aber vom strengen Standpunkt der Rechtssicherheit weg- oder besser zurückführt zur Idee der Gerechtigkeit. Auf diesem Wege kommt man automatisch allmählich aus dem Herrschaftsbereich des Rechts heraus und in den rechtsfreien Raum hinein. Es ist nur die Frage, wie man die Beziehung Schuld-Rechtswidrigkeit abgrenzt, und wie weit man sich mit den Begründungen vorwagt.(111)

Geht man davon aus, daß die Schuld auf dem Gedanken fehlerhafter Motivation, vorwerfbarer Pflichtwidrigkeit beruht und ihre selbstverständliche Grenze dort findet, wo von Fehlerhaftigkeit in diesem Sinne und demgemäß von Vorwerfbarkeit nicht mehr gesprochen werden kann, so würde man Begriff und Funktion der Strafe verkennen, wollte man "übergesetzliche" Entschuldigungsmöglichkeiten nicht anerkennen. Die Strafe als Schuldbeantwortung verliert jeden Sinn und wird zur Ungerechtigkeit, wenn sie verhängt wird, wo von "rechtlich fehlerhafter Willensbildung des Täters"(112) nicht mehr gesprochen werden darf(113). Eb. SCHMIDT(114) läßt die Möglichkeit eines Schuldvorwurfs entfallen, wenn dem Täter ein rechtmäßiges Verhalten nicht zugemutet werden kann, "wenn also nicht erwartet werden kann, daß die Vorstellung des tatbestandsmäßigen Erfolges und seiner Sozialschädlichkeit ausschlaggebendes Gegenmotiv wird, den Täter also zu rechtmäßigem Verhalten motiviert". Dabei dürfe weder Heroismus verlangt, noch besonderer seelischer Schwäche nachgegeben werden. Das Schuldurteil dürfe weder durch "unbeugsame Härte" noch durch "sentimentale Schwäche" bestimmt werden.

---

(111) Vgl. oben S. 129 ff.
(112) HENKEL, Zumutbarkeit als regulatives Prinzip, S. 300.
(113) Eb. SCHMIDT, Der übergesetzliche Notstand, S. 165 und derselbe, Niederschriften Bd. 2, S. 63.
(114) In: von LISZT-SCHMIDT, S. 266 ff.

Diese damit angesprochenen "letzten" Entschuldigungsmöglichkeiten(115) können nun sowohl an dem Gedanken der Zumutbarkeit(116) ausgerichtet werden als auch auf das Fehlen der Rechtsschuld als soziale Vorwerfbarkeit der Tat abgestellt werden(117). Die dogmatische Konstruktion mag verschieden, das praktische Ergebnis dieser Lehren wird dasselbe sein: das Vorhandensein übergesetzlicher Entschuldigungsmöglichkeiten.

Der Gedanke der "Zumutbarkeit" ist der Grundgedanke aller strafrechtlichen Schuld, wenn man richtigerweise die Zumutbarkeit an der Möglichkeit ausrichtet, sollensgemäße Motivation zu fordern(118). HENKEL(119) erkennt dem Zumutbarkeitsbegriff im Rahmen der Anwendung des normativen Schuldelements eine "sekundäre und dienende Rolle" zu, die eines regulativen Prinzips zur konkreten Bestimmung zweifelhafter Grenzen der im normativen Schuldelement enthaltenen Pflichtenanforderung. Nicht die Unzumutbarkeit, sondern der Mangel des normativen Schuldelements sei der Entschuldigungsgrund(120).

---

(115) Eb.SCHMIDT in Niederschriften, 2.Bd., S. 63.
(116) Wie es GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL und Eb.SCHMIDT getan haben.
(117) Insbesondere WELZEL, Strafrecht, S. 123 f. und derselbe, Zum Notstandsproblem, S. 54.
Nach BGH 2, 200 ist "Schuld Vorwerfbarkeit".
(118) Eb.SCHMIDT, Anmerkung zu dem Urteil des OGH, Sp.569 f.
(119) In: Zumutbarkeit als regulatives Prinzip, S. 298 und ähnlich Eb. SCHMIDT in v.LISZT-SCHMIDT, S. 227 f. und derselbe in Niederschriften, 2.Bd., S. 64.
(120) Der Lehre von der Zumutbarkeit wurde entgegengehalten, daß es sich um eine rein tautologische Formel handle, der es an jeder inhaltlichen Bestimmtheit fehle, und die infolgedessen mit ganz verschiedenem Inhalt ausgefüllt werden könne. (Vgl. v. WEBER, Notstandsproblem, S. 9) Es wurde auch behauptet, die Zumutbarkeitsformel habe eine destruktive Tendenz. (OETKER, Notwehr und Notstand, S. 342; v.HIPPEL, Strafrecht, S. 275; SAUER, Kausalität und Rechtswidrigkeit, S. 228) Insbesondere bringt LIEPMANN dieser Lehre Zweifel entgegen und meint, die charakteristische Ausnahmesituation des Notstandes werde zur Grundlage des Vorsatzes überhaupt erhoben,

Wie man die Zumutbarkeit dogmatisch auch einordnen mag, ist letzten Endes gleichgültig: sie führt stets über das Gesetz hinaus in Richtung der übergesetzlichen Entschuldigungsmöglichkeiten. Insbesondere die vom Obersten Gerichtshof(121) entschiedenen Ärzte-Prozesse haben bewiesen, daß sich übergesetzliche Entschuldigungsmöglichkeiten aufdrängen, wenn ungerechte Entscheidungen vermieden werden sollen(122). Betrachtet man die Aussagekraft dieser Argumente losgelöst von aller Rechtsdogmatik und das durch solche Argumentation angestrebte Ziel, so wird deutlich, daß es sich um einen Kampf zur Lösung krasser Notstandssituationen im Namen der Gerechtigkeit handelt. Rechtsdogmatische Konstruktionen wie Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit, wie gesetzlicher und übergesetzlicher Entschuldigungsgrund sollen schließlich auf Umwegen zu einem Ziel führen, das mit der Anerkennung des rechtsfreien Raumes von vornherein erkennbar gegeben wäre. Handelt es sich doch auf jeden Fall -- ob man nun rechtliche Konstruktionen wie Unzumutbarkeit oder übergesetzliche Entschuldigungsgründe zu Hilfe nimmt oder sich von vornherein zum rechtsfreien Raum

---

also auf Kosten der Rechtsordnung die Ausnahme zur Regel gemacht. LIEPMANN glaubte, eine "Aushöhlung und Verweichlichung staatsbürgerlicher Pflichten", praktisch eine Knochenerweichung des Strafrechts, vorhersagen zu können. (Besprechung, S. 710 ff., insbesondere S. 713)

(121) OHGSt Bd. 1, S. 321 ff.; Bd. 2, S. 117.

(122) Eb. SCHMIDT, Niederschriften, Bd. 12, S. 157; Zum Problem dieser Fälle vgl.: ENGISCH, Euthanasie; und Arthur KAUFMANN, Das Unrechtsbewußtsein, S. 27 f. und 114 f.

bekennt -- um "Beurteilung" der Lebenssachverhalte[123], in denen der Täter, gleichgültig wie er sich entscheiden mag, Rechtsgebote und Rechtsverbote verletzen muß, ohne daß bei diesem Tun eine unterschiedliche Bewertung der Pflichten behauptet werden könnte. M.a.W., es stehen sich zwei gleichwertige Pflichten gegenüber, von denen nur eine erfüllt werden kann. Wie schwach das Fundament ist, auf dem eine "rechtliche" Betrachtungsweise solcher Lebenssachver-

---

(123) "Rechtsdogmatisch betrachtet handelt es sich um treffende Beispielsfälle der P f l i c h t e n k o l l i s i o n . Vgl. zu dieser Art von Betrachtung die Abhandlung von OTTO, Pflichtenkollision. Aber auch OTTO vermag den alten Streit über die dogmatische Einordnung der Pflichtenkollision nicht zu lösen. M.E., weil der Streit mit rechtsdogmatischen Mitteln nicht zu lösen ist. Die diesen Streit nach dem 2. Weltkrieg neu entfachenden Ärzte-Prozesse haben dies eindeutig gezeigt. Auf dem Gebiet der Pflichtenkollision spiegelt sich wiederum die Verworrenheit des Streits um die Lösung des Notstandsproblems; es werden dieselben "differenzierten" Lösungsmöglichkeiten angeboten.

Zur Klärung muß auf folgendes hingewiesen werden: Wie beim Notstand sind in Beziehung zum rechtsfreien Raum nur die unabwägbaren Fälle der "entschuldigenden" bzw. "materiellen" Pflichtenkollision erfaßt. Die abwägbaren Fälle der "rechtfertigenden" oder "logischen" Pflichtenkollision (MEZGER, Lehrbuch, S. 230, teilt in "rechtfertigende" und "entschuldigende" Pflichtenkollision ein; WEBER, Pflichtenkollision, S. 242, im Anschluß an FRANK und SIMMEL in "logische" und "materielle" Pflichtenkollision) erfassen nur die Lebenssachverhalte, in denen der Erfolgsabwendungspflicht eine "höhere" Pflicht entgegensteht. (Vgl. WELZEL, Strafrecht, S. 184; MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 519.) Die Verletzung der einen Pflicht muß das einzige Mittel zur Erfüllung der anderen sein (v.WEBER, Pflichtenkollision, S. 242): Für den Täter müssen divergierende Handlungspflichten bestehen. Bei der Abwägung dieser Handlungs- oder Unterlassungspflichten spielt das hinter der Pflicht stehende Rechtsgut die entscheidende Rolle.

halte steht, zeigt die Tatsache, daß die Frage nach der Zumutbarkeit, von der innerhalb des Rechts ausgegangen worden war, hier unvermutet nicht mehr auftritt, da dem Täter ein "Wahlrecht" zugebilligt wird(124).

Spätestens an dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob es im Ergebnis nicht auf dasselbe hinausläuft, eine bereits getroffene Entscheidung mit den Mitteln der Rechtsdogmatik dem Notstandstäter nicht "vorzuwerfen" oder eine Notstandshandlung in den rechtsfreien Raum einzuweisen. Abgesehen davon, daß der Täter zum einen nur entschuldigt wird, und zum anderen schon gar keine rechtswidrige Handlung begangen hat, darf doch in jedem Falle nicht mehr nach innerjuridischen Gesichtspunkten verfahren werden, weil, wie Eb. SCHMIDT treffend formuliert, "das Recht uns im Stich läßt"(125). Ob dem Notstandstäter zuzumuten ist, sich in der einen oder anderen Richtung zu entscheiden, "ist keine Frage der einfachen Sittlichkeit, die jeder Wohlmeinende ohne weiteres eindeutig beantworten könnte"(126). Das Strafrecht, so ist erwiesen, kann für jene Notstandsfälle keine befriedigende Lösung mehr bieten.

---

(124) Die streng am Recht haftende herrschende Lehre läßt die Schuld des Täters entfallen, da ihm "die getroffene Entscheidung nicht vorgeworfen werden kann". Vgl. für viele GALLAS, Pflichtenkollision, S. 332.
(125) Der übergesetzliche Notstand, S. 189.
(126) Vgl. Arthur KAUFMANN, Gedanken, S. 321, der diese Feststellung am Beispiel der sogenannten ethischen Indikation trifft.

E. Euthanasie-Prozesse

Im Rahmen der rechtlichen Argumentation für einen "übergesetzlichen entschuldigenden Notstand" zeigt sich am Beispiel der E u t h a n a s i e - P r o z e s s e , daß damit nichts anderes als wiederum ein Hinweis auf die Existenz des rechtsfreien Raumes gegeben ist. Der Lebenssachverhalt, um den es bei diesen Prozessen geht(127), zeigt sehr eindringlich die für den Notstand charakteristische Weite und Tragik: Es verblassen alle sowohl in Lehre als auch in Rechtsprechung innerhalb und mit Hilfe des Rechts angebotenen "Lösungsmöglichkeiten". Die in diesen Prozessen angeklagten Ärzte wurden durch ihre Heranziehung zu den Anstaltstötungen vom Staat selbst in diese Konfliktsituation gebracht, aus der sie sich, wofür sie sich auch entscheiden mochten, nicht lösen konnten, ohne sittliche Schuld auf sich zu laden. Denn wenn sie die verlangte Mitarbeit leisteten, so machten sie sich mitschuldig am Tode derer, die der Vernichtung zum Opfer fielen; bei Weigerung aber wurden sie verantwortlich für den Tod jener, die sie im Falle ihrer Beteiligung hätten retten können.

Hier verwehrt die Konkurrenz widersprechender sittlicher Gebote eine rechtliche Entscheidung und Bewertung. In einer solchen Lage kann die Rechtsordnung einen rechtlichen Schuldvorwurf nicht erheben(128). Noch einmal werden Fragen des

---

(127) Vgl. oben S. 11, Fall 7, sowie die bereits erwähnte Arbeit von Eva SCHEEL, a.a.O.

(128) Vgl. Eb. SCHMIDT, Anmerkung zu dem Urteil des OHG, S. 559, 568; WELZEL, Zum Notstandsproblem, S. 47; derselbe in Anm. zu dem Urteil des BGH, S. 375; GALLAS, Pflichtenkollision, S. 330; HENKEL, Zumutbarkeit als regulatives Prinzip, S. 300; SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. V 4 c vor § 51; MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, S. 305 f. Die Argumentation dieser Autoren soll im Endeffekt auf einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand hinführen. Vgl. auch die Begründung des Urteils des Schwurgerichts Köln v.24.10.1951 (NJW 1952, 358 ff.), in der gesagt wird, daß die Einzelheiten des Falles den Voraussetzungen des "typischen übergesetzlichen Notstandes außerordentlich ähnlich" seien!

Rechts und der Sittlichkeit und ihrer Interdependenz aufgeworfen, Fragen also, die zu Beginn dieser Untersuchung den Gegenstand der Überlegungen bildeten. Somit schließt sich der Kreis; das Recht als solches ist überfordert, sobald es Konfliktslagen wie die der scheinbar rechtlich relevanten Notstandsfälle lösen soll. Lebenssachverhalte, die so irrational sind, daß ein rechtswidriges Handeln auf jeden Fall unvermeidlich ist, dürften vom Recht nicht bewertet werden, geschweige denn gesetzlicher Reglementierung unterliegen. Sie liegen außerhalb der Grenzen des gesetzlich noch Normierbaren und des rechtlich noch Bewertbaren. Die Mittel des Rechts versagen. Die Rechtsordnung kann nicht vorschreiben, welches der beiden gleichwertigen Güter -- oder Pflichten -- zu retten ist(129). Ein solches Gebot hätte keinen Sinn.

---

(129) Andere Einsichten gewinnen und völlig andere Ergebnisse erreichen wird man natürlich nur dann, wenn man das Rechtsgut Leben nicht als absolutes Höchstgut ansieht; m.a.W., wenn man der Meinung ist, viele Menschen gegen wenige qualitativ oder quantitativ abwägen zu können. Neuerdings ist OTTO, Pflichtenkollision, diesen Weg gegangen, wenn er meint, daß der Arzt alles tun müsse, "um möglichst viele (Patienten) zu retten", "um so viele Menschen wie möglich zu retten". Wenn der Anstaltsarzt dies verwirkliche, so meint OTTO, "dann allerdings kann die Rechtsordnung seine Handlung nicht mißbilligen", sondern billigen (a.a.O., S. 109). OTTO nimmt also eine quantitative Abwägung von Menschen vor und bewertet diese Abwägung mit rechtlichen Regeln. Denn führt man OTTOs Gedanken konsequent zu Ende, hieße das, daß die Rechtsordnung die Handlung des Anstaltsarztes -- und die Entscheidung des Weichenwärters ist in gleicher Weise zu sehen -- dann mißbilligen, dann als rechtswidrig (oder pflichtwidrig) bewerten müßte, wenn sich der Arzt für die Rettung weniger auf Kosten mehrerer Anstaltsinsassen entscheidet, oder der Weichenwärter den Güterwagen talwärts weiterrasen läßt, und damit den Tod vieler Reisender heraufbeschwört, um nur die drei unbeteiligten Streckenarbeiter auf dem Nebengleis zu retten. Ein zwar konsequentes Ergebnis, das aber in keiner Weise dem Objekt der Wertung und Wägung Rechnung trägt. Ganz abgesehen davon, daß die Menschen

Es handelt sich stets um einen echten tragischen Konflikt im Bereich der autonomen ethischen Entscheidung, wobei der einzelne so handeln muß, wie es ihm sein Gewissen vorschreibt. Die Rechtsordnung gibt für diese Lösung keinen Maßstab, sie versagt, sie ist unzuständig. Wegen dieses Mangels an Zuständigkeit kann und darf auch der Entschluß des einzelnen keiner strafrechtlichen Bewertung unterworfen werden(130).

Die Idee des rechtsfreien Raumes erfährt volle Berechtigung, denn "die Schuld des Täters muß das bleiben, was sie ist, eine Schuld vor dem Gewissen und vor Gott"(131).

III. NOTWENDIGKEIT WEITERER DIFFERENZIERUNG

Es könnte durch die Auswahl der Beispielsfälle der Eindruck entstehen, als sei der Begriff des rechtsfreien Raumes nur über die Erscheinung des strafrechtlichen Notstandes zu erschließen. Dem ist nicht so. Zwar sind die Notstandsfälle der dritten Gruppe prädestiniert, um Voraussetzung, Sinn und Wesen des Denkmodells des strafrechtsfreien Raumes zu erarbeiten. Andererseits stellt die Bejahung des rechtsfreien Raumes aber auch eine Bereicherung des Lösungskataloges des Notstandes im Sinne w e i t e r e r D i f f e r e n z i e r u n g dar.

---

solche Gesetze -- im Sinne SOLONs -- nicht vertragen würden, woher sollte die Berechtigung zu dieser Wertung stammen? Bewegt man sich hier nicht im Kreise und ist wieder beim omnipotenten,"universalen" Recht angelangt?

(130) Vgl. GALLAS, Pflichtenkollision, S. 330 f.; JESCHECK, in Niederschriften, a.a.O., S. 160; v. WEBER, Pflichtenkollision, S. 249 f.

(131) WELZEL, Zum Notstandsproblem, S. 52 f.; derselbe in Anmerkung zu dem Urteil des BGH, S. 375.

Obwohl man praktisch alle Fälle des strafrechtlichen Notstandes letztlich mit irgendwelchen Begründungen doch als existentielle Grenzsituationen ansprechen kann, zerfallen sie bei differenzierter Betrachtungsweise dennoch in deutlich unterschiedene Gruppen. Von den eingangs der Arbeit gebildeten drei Gruppen kann die erste wegen der Abwägbarkeit der kollidierenden Rechtsgüter und Interessen auch jetzt außer Betracht bleiben. In den Fällen der Anstaltsärzte, des Weichenwärters und der drei Bergsteiger (dritte Gruppe) hat der Täter effektiv keine Möglichkeit, sich durch freie Determination, ohne Unrecht zu tun, distanzieren zu können, während in den Fällen der MIGNONETTE, des KARNEADES und der zwei Bergsteiger (zweite Gruppe) diese Möglichkeit de facto besteht, wenn sie auch rechtlich unzumutbar ist.

Das bedeutet für die letztgenannten Fälle: Obwohl der Täter hier im Sinne des Könnens die Möglichkeit zu rechtmäßiger Determination hätte, wird ihm diese "heroische" Befolgung des Sollenssatzes nicht zugemutet. Die Rechtsordnung hat für diese Fälle zwar Normen aufgestellt, zieht sie aber gegebenenfalls zurück und entschuldigt damit nachträglich die zuvor als rechtswidrig bewerteten Handlungen unter Berücksichtigung der menschlichen Schwäche. Rechtliche Relevanz und Bewertbarkeit dieser Kategorie von Notstandsfällen können also schwerlich angezweifelt werden, jedenfalls ist ihnen mit den herkömmlichen dogmatischen Methoden, vor allem mit den Mitteln der Differenzierungstheorie, durchaus beizukommen. Das dogmatische Material versagt erst in dem Moment -- oder führt zumindest zu unbefriedigenden Ergebnissen --, wo der Täter effektiv keine Möglichkeit zu rechtmäßiger Determination mehr hat.

Diese, mit den Beispielen des Weichenwärters und der Anstaltsärzte treffend belegten Fälle sind derart irrational, daß es für den Betroffenen nicht einmal mehr im Sinne des Könnens

die Möglichkeit der Distanzierung vom rechtswidrigen Tun gibt. Die Rechtsordnung selbst vermag hier nicht mehr zu sagen, welche der möglichen Verhaltensweisen Recht ist, bzw. wie man sich verhalten soll. Beide Funktionen der Norm, Bestimmung und Bewertung, greifen sozusagen ins Leere, und damit ist auch der Zweck der Rechtsordnung verwirkt oder zumindest in Frage gestellt. Die fraglichen Verhaltensweisen manövrieren die Rechtsordnung selbst in einen Konflikt, dem weder durch Verbot noch durch Erlaubnis beizukommen ist, und der eindeutig auf die Existenz eines Bereichs des Unverbotenseins für diese Kategorie von scheinbar rechtlich relevanten Verhaltensweisen verweist.

Dies bedeutet aber speziell aus der Sicht des Notstandsproblems auch noch etwas anderes:

Am Beispiel jener "unlösbaren" Fälle existentieller Not erweist es sich nämlich, daß sich die Möglichkeiten einer noch so differenzierten dogmatischen Betrachtungsweise erschöpfen und sich die Idee des strafrechtsfreien Raumes zwangsläufig als weitere angemessene und vor allem auch gerechte Lösungsmöglichkeit eines Teils der Notstandsfälle anbietet. Dabei muß ausdrücklich betont werden, daß mit der Denkfigur des strafrechtsfreien Raumes als Lösungsmöglichkeit jener Notstandsfälle nicht etwa eine "Patentlösung" im Sinne einer neuartigen Einheitstheorie als einfache und unkomplizierte Lösungsvariante verfochten werden soll, etwa in der Weise, daß das Recht Notstandshandlungen generell nicht beurteilen solle und könne. Die strafrechtlich relevante Notstandshandlung ist nach wie vor differenziert zu betrachten, insofern als sie entweder gerechtfertigt oder doch wenigstens entschuldigt werden kann.

Von diesen bisher in Lehre und Rechtsprechung bereits differenziert betrachteten und unter den bekannten Voraussetzungen von Rechtfertigung oder Entschuldigung gelösten Not-

standshandlungen mit eindeutiger strafrechtlicher Relevanz spaltet sich nun die eingangs in der dritten Gruppe zusammengefaßte Kategorie von Notstandshandlungen ab, deren rechtliche Relevanz sich als eine scheinbare erweist, bei denen "das Recht uns im Stich läßt"(132), bei denen also die Mittel des Rechts versagen. Für diese Gruppe bietet sich also als gerechte und angemessene Lösung die Möglichkeit des strafrechtsfreien Raumes im Sinne einer weiteren Differenzierung des Lösungskatalogs des Notstandes an. Auf diese Weise können die unbefriedigenden Ergebnisse der bisherigen Lösungsversuche vermieden werden, Ergebnisse, die nur insoweit als gerecht zu betrachten sind, als der rechtswidrig und schuldhaft verurteilte Täter lediglich einer Strafverbüßung entgeht. Es hat nämlich in Literatur und Rechtsprechung Versuche gegeben, die Notstandsfälle der dritten Gruppe resignierend nur mit der Empfehlung des Gnadenerweises zu "lösen".

---

(132) Eb. SCHMIDT, Der übergesetzliche Notstand, S. 189.

4. Abschnitt

Rechtspolitischer Teil

I. RECHTSPOLITISCHE ÜBERPRÜFUNG DES RECHTSFREIEN RAUMES

Die Erörterung der tragischen Grenzfälle des strafrechtlichen Notstandes hat der Idee des rechtsfreien Raumes über die theoretische Berechtigung hinaus zu praktischer Anerkennung verholfen. Die Unzulänglichkeit formal-rechtlich, empirischer Maßstäbe konnte als direkter Hinweis für die Unzuständigkeit des Rechts in diesen Fällen gewertet werden. Der rechtsfreie Raum erwies sich hier als gerechte und zugleich praktikable Lösungsmöglichkeit.

Aber nicht nur im Bereich peripherer Notstandsfälle bietet das Strafrecht keine gerechte Lösung mehr an, sondern auch andere, scheinbar rechtlich relevante Lebenssachverhalte lassen sich als rechtlich unlösbar in den rechtsfreien Raum einweisen. Die Kategorie des strafrechtsfreien Raumes ist schließlich nicht auf einzelne, extreme Erscheinungen im Bereich des allgemeinen Notstandes beschränkt und damit eventuell gar ein Spezifikum des Notstandes, sondern sie hat eigenständige und umfassende Bedeutung und kann auch auf andere Lebenssachverhalte scheinbar rechtlich relevanter Natur bezogen werden. Nach solchen weiteren Lebenssachverhalten, die nicht mehr strafrechtlich, sondern, wenn überhaupt, nur noch rein ethisch bewertet werden sollten, ist letztlich im Rahmen einer abschließenden rechtspolitischen Überprüfung zu suchen. Ohne allerdings Anspruch auf Vollständigkeit der Aufzählung zu erheben, ist etwa an die Herztransplantation,

an die bereits erwähnte medizinisch und ethisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung, an die Selbsttötung und auch an verschiedene Tatbestände aus dem sog. "Sexualstrafrecht"(1) zu denken.

Während sich die Sachverhalte aus dem medizinischen Bereich und in gewissem Sinne auch die Selbsttötung, ähnlich den Notstandsfällen, als existentielle Grenzsituationen darstellen, sind die Straftaten aus dem Sexualstrafrecht völlig frei von auswegloser oder gar vernichtender Tragik. Wenn sie hier Erwähnung finden, so geschieht es lediglich, um auf einen weiteren Aspekt des rechtsfreien Raumes hinzuweisen, der mit der Geschichtlichkeit des Rechts in Zusammenhang steht.

Bei den Sachverhalten aus dem Sexualstrafrecht handelt es sich um einen von vielen denkbaren Verhaltenskomplexen, der auf Grund des sozialen Bewußtseinswandels aus dem Kreis der Rechtsbewertung entlassen werden muß und nunmehr seinen Platz im strafrechtsfreien Raum findet.

Anlaß zu einer rechtspolitischen Überprüfung überhaupt und nicht zuletzt zur gleichzeitigen Erwähnung der Problematik des Sexualstrafrechts war die im Gegensatz zu den Aufgaben und Zielen des Rechts als einer an ethischen Minimalforderungen orientierten Institution dokumentierte Zielsetzung des E 1962, den Katalog der zukünftigen Strafnormen möglichst perfekt und umfassend zu gestalten.

---

(1). Zur Bestimmung dieses dem geschriebenen deutschen Recht unbekannten Begriffs vgl. HANACK, Grenzen des Sexualstrafrechts, a.a.O., S. 9 f., Rz. 1 - 5.

1. HERZTRANSPLANTATION

Eine treffende und zugleich aktuelle Überprüfungsmöglichkeit der Idee des strafrechtsfreien Raumes bietet ein von der modernen Medizin geschaffener Lebenssachverhalt: die T r a n s p l a n t a t i o n unpaar angelegter Organe[2] von Mensch zu Mensch. Die schwierigen wie vielfältigen Probleme, die dieser chirurgische Eingriff aufwirft, werden in der medizinischen, theologischen und juristischen Literatur[3] wie in der Tagespresse erst seit kurzer Zeit erörtert.

Es ist nicht Sinn und Zweck dieser Arbeit, auf alle in diesem Zusammenhang anklingenden Einzelprobleme[4] einzugehen. Bei einer Überprüfung des Denkmodells -- rechtsfreier Raum -- am Beispiel solcher "Neuland"-Operationen, konzentriert sich die Problematik auf die Frage nach der Grenze,

---

(2) Gedacht ist an die Übertragung der Leber oder des Herzens.
Dagegen wirft die Entnahme paariger Organe (etwa der Nieren) aus dem lebenden Körper eines Spenders und deren Übertragung auf einen Empfänger Fragen auf, die die eigentliche Problematik des rechtsfreien Raumes kaum betreffen. Einen guten Überblick bieten BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 97 ff., insbesondere S. 103; GEILEN, Leben des Menschen, S. 121 f., derselbe, Grenzprobleme, S. 145 ff. und STRATENWERTH, Zum juristischen Begriff des Todes, S. 528 ff.

(3) Vgl. statt vieler STRATENWERTH, a.a.O., S. 528, Anm. 1 und 2, und BOCKELMANN, a.a.O., S. 97 ff. und Anm. 5 und 42 mit jeweils weiteren Nachweisen.

(4) Zu denken ist etwa an die allgemeinen Fragen, die mit jedem ärztlichen Heileingriff generell auftreten, an Fragen der Einwilligung, der Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten der Operateure, oder an die zusätzlich und speziell mit der Organübertragung auftretenden Fragen: Todeszeitbestimmung, Sterbehilfe, Vernichtung oder Verkürzung sog. lebensunwerten Lebens, Euthanasie, die Fragen in Zusammenhang mit § 168 StGB, Aufklärungspflichten u.a. Vgl. hierzu BOCKELMANN, a.a.O.

bis zu der die ärztliche Pflicht der Hilfeleistung, Lebenserhaltung und Verlängerung auf der einen und Heilung und Rettung auf der anderen Seite, gehen muß bzw. kann[5]. Dabei wird, dem Problemkreis der Arbeit entsprechend, vorausgesetzt, daß die Organtransplantation die einzige reale Möglichkeit[6] und nicht nur theoretische Chance ist, das Leben des Empfängers zu retten oder wenigstens in vertretbarer Weise zu verlängern, und daß es für den Organspender keine wirkliche Lebenschance mehr gibt. In dieser Konstellation, in der es um die Wahl des "medizinisch und rechtlich" richtigen Z e i t p u n k t e s der Operation geht, ist die Situation des Arztes derjenigen der "Täter" der dritten Fallgruppe insofern vergleichbar, als er nämlich durch entschlossenes Handeln ein Menschenleben, eventuell auf Kosten eines anderen, retten kann, andernfalls beide Leben verloren wären. Selbst wenn von einem aktiven "Töten" hier nicht die Rede sein kann, so liegt doch die Entscheidung über zwei Leben in der Hand des Arztes.

Die ärztlichen Pflichten sind gleichermaßen sowohl auf Heilung des vom Tode bedrohten Patienten als auch auf die Erhaltung des Lebens des Spenders gerichtet. Die ihrem ethischen Gehalt nach gleichwertigen, nur auf zwei verschiedene Menschen gerichteten Pflichten lassen sich sicherlich nicht immer konfliktfrei miteinander vereinbaren. Denn wie weit geht

---

(5) Vgl. STRATENWERTH, a.a.O., S. 537 und GEILEN, Grenzprobleme, S. 152.

(6) Es ist eine Konstellation angenommen, in der die Durchführung der Operation größere Aussicht auf Erfolg bietet als die Nichtdurchführung.
Vgl. BOCKELMANN, a.a.O., S. 99.

die bewertbare rechtliche Pflicht des Operateurs, alle Möglichkeiten[7] zur Erhaltung bzw. Verlängerung des Lebens[8] unter allen Umständen bis zur äußersten Grenze auszuschöpfen?

Und auf welches der beiden Leben sollte dieser Grundsatz angewendet werden? Zwar wäre der Spender auch ohne Eingreifen des Arztes über kurz oder lang unrettbar verloren gewesen; das ändert jedoch nichts daran, daß der Arzt im Falle seiner Untätigkeit die Lebensspanne des Patienten verringert, d.h. den Tod herbeiführt. Hat er ein Recht dazu? Ein Recht zur Tötung Todgeweihter kennt unsere Rechtsordnung bekanntlich nicht! Hinzu kommt, daß es sich hier nicht um ein Tun oder Unterlassen im Interesse des Patienten selbst, sondern zur Rettung des Lebens eines anderen handelt. Mit welchem Recht sollte man dem Arzt ein Eingreifen oder Untätigbleiben zugunsten eines Dritten zugestehen und ihn somit zum Richter über Leben und Tod des einen zugunsten des anderen erheben? Die Vermessenheit eines solchen Zugeständnisses

---

(7) Die rein "technischen Möglichkeiten" finden sicherlich eine natürliche Begrenzung an der niedrigen Kapazität der Krankenhäuser einerseits und der großen Zahl "nachdrängender" Patienten andererseits. Schon hier tritt unverkennbar zutage, daß ein Lösungsversuch auf rechtlicher Ebene zwangsläufig durch Tatsachen aus dem politischen und finanziellen Bereich in seine Grenzen zurückverwiesen wird.

(8) Den Spender eines unpaaren Organs berauben, hieße ihn töten. Aber getötet kann er nur werden, wenn er "noch" lebt. Von besonderer Bedeutung ist hier natürlich die Bestimmung des Todeszeitpunktes! Vgl. hierzu GEILEN, Leben des Menschen, S. 126 und auch insbesondere STRATENWERTH, Zum juristischen Begriff des Todes, S. 533 mit weiteren Literaturhinweisen. Die Wissenschaft ist zur Zeit bemüht, die Fragen zu klären; verschiedentlich wird auch von einem Transplantationsgesetz gesprochen. Bisher sind drei Arten des Todes erkennbar: der klinische, der biologische und der cerebrale Tod, um das endgültige Erlöschen der menschlichen Persönlichkeit zu bestimmen.

zeigt sich vor allem dann, wenn man an die rechtlichen Konsequenzen bezüglich der Notwehr denkt[9].

Andererseits wird man es dem Arzt kaum verdenken können, wenn er sich entschließt, die "Tötung"[10] durch Unterlassen zu begehen, um von zwei Todgeweihten wenigstens einen zu retten, zumal er ja als Arzt die Pflicht zur Abwendung des Todes hat. Denn wenn er die Entscheidung umgeht, müßten beide sterben.

Ein solcher in der Tragik der Situation begründeter unauflöslicher Widerspruch zwischen dem Gebot der Rettung und dem anderen Gebot der Verlängerung des Lebens (gleichzeitiges Verbot, die Hilfeleistung zu unterlassen) ist rechtlich nicht lösbar, weder zum Tun noch zum Unterlassen hin.

Es handelt sich hier um einen jener Fälle, wo die Logik des Rechts selbst sich einer Bewertung des Sachverhalts widersetzt, denn eine Norm des erlaubten Handelns ist hier nicht herzuleiten. Und wiederum befindet man sich in jenem Bereich, wo die Rechtsordnung nicht zu sagen vermag, welches Verhalten recht ist und wie man sich verhalten soll. Man kann dem Arzt zwar kein Recht zur Tötung, sei es auch "nur" durch Unterlassen, zugestehen; dennoch täte man ihm Unrecht, wollte man seine Entscheidung zugunsten der Rettung des Lebens des Empfängers als rechtswidrig ansehen. Wenn also die Rechtsordnung keine befriedigende Antwort zu geben vermag und durch den unlösbaren Konflikt selbst in unlösbare Konflikte mit ihren Bewertungsmöglichkeiten gerät, warum sollte sie nicht im Hinblick auf die eigene Unzulänglichkeit auf eine Bewer-

---

(9) Der Geopferte müßte sich dieser Entscheidung unterwerfen, ohne ein Recht zur Notwehr gegen seine Tötung zu haben.

(10) Es ist z.B. an die Möglichkeit gedacht, im Falle des moribunden Spenders die aktive Lebensverlängerung einzustellen.

tung verzichten, und das fragliche Verhalten als außerhalb ihres Kompetenzbereiches geschehen betrachten? Es hat sich einmal mehr bestätigt, daß hier ein Bereich des Unverbotenseins besteht, in dem es weder Erlaubnis noch Verbot gibt und der als rechtsfrei zu betrachten ist.

Diese Frage nach der Grenze des rechtlich bewertbaren Bereichs stellt sich unter gleichen Aspekten, ob sie nun auf diesen Lebenssachverhalt aus dem Gebiet der modernen Medizin bezogen wird oder auf die zuvor behandelte Problemlage im Bergsteiger- oder Weichenwärter-Fall. Und es erscheint wirklichkeitsfremd, gerade beim Verhalten des Arztes engere und strengere Grenzen zu ziehen als bei jenen Fällen. Der Operateur hat wie der Bergsteiger oder die Anstalts-Ärzte die Möglichkeit, durch entschlossenes Handeln Menschenleben zu retten. Und er steht doch ähnlich wie der Weichenwärter vor der tragischen Situation, daß er durch die Wahl des Operationszeitpunktes nach den Erfordernissen der Empfängerseite den Spender "tötet"(11) oder durch die Wahl des Operationszeitpunktes mit Rücksicht auf die Spenderseite den Empfänger "tötet". Es mag zwar moralisch und ethisch höchst unterschiedlich bewertbar sein, ob sich ein Arzt zu einer "sinnlosen" Verlängerung des komatösen Zustandes eines Organspenders, dessen Bewußtsein für immer erloschen ist, entschließt oder diesen Zustand eines "lebenden Leichnams" beendet. Mit rechtlichen Maßstäben ist dieser situationsgebundene, selbst-

(11) Wagt der Operateur den Eingriff nicht rechtzeitig, wird der todgeweihte Patient mit Sicherheit in Kürze sterben. Nimmt er dagegen die Transplantation unter Umgehung (d.h. Versagen weiterer Hilfe für den Spender) eines zeitlichen Risikos vor, so erhält der todgeweihte Empfänger eine Überlebenschance, dagegen wird im Falle des Spenders dem natürlichen Ende vorgegriffen.

verantwortliche Entschluß, gleich wie er ausfallen mag, objektiv nicht mehr bewertbar. Entschluß und Durchführung finden im rechtsfreien Raum statt.

Gleichgültig, ob man nun so weit gehen will, dem Arzt de jure in gewissen Grenzen eine Art Verfügungsgewalt über Leben und Tod einzuräumen, oder ob man zum Status des Unverbotenseins in diesem Bereich neigt, wurzeln beide Entscheidungen in der Überzeugung, daß der Arzt zu irgend einem Zeitpunkt von der Pflicht frei werden muß, den moribunden, für eine Organentnahme geeigneten Spender weiter aktiv am "Leben" zu erhalten. Irgendwo liegt diese Grenze, bis zu der die ärztliche Lebensverlängerungs- bzw. gar Reanimierungspflicht gehen muß[12]. Dennoch ist es verständlich, daß versucht wird, eine solche Grenzüberschreitung eines Arztes mit rechtlichen Argumenten zu erklären und gegebenenfalls einzudämmen.

Mit den vorhandenen rechtlichen Konstruktionen der erlaubten

---

(12) Vgl. hierzu STRATENWERTH, Zum juristischen Begriff des Todes, S. 537; GEILEN, Leben des Menschen, S. 125 ff.; ENGISCH, Euthanasie, S. 8 f; BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 114 mit weiteren Nachweisen. Nicht das Problem, wann letztlich der Tod eintritt, ist entscheidend, sondern die Beantwortung der Frage, ob der Arzt in jedem Fall das Leben verlängern muß, und wer im Einzelfall darüber entscheidet, ob eine Verlängerung oder Nichtverlängerung "sinnvoll" ist. Vom ärztlichen Standpunkt aus ist es verständlich, wenn eine Abneigung gegen das Prinzip besteht, immer und unter allen Umständen einer Lebenserhaltungspflicht unterworfen zu sein, im Gegensatz zum rechtlichen Standpunkt, von dem aus eine solche Pflicht im Prinzip nur allzu leicht befürwortet wird. Es gibt sicherlich Fälle, die für den Arzt das Sterbenlassen unvermeidbar machen.

Sterbehilfe[13] und des "übergesetzlichen" Notstandes[14] haben sich jeweils nur unbefriedigende und sachfremde Ergebnisse erzielen lassen. STRATENWERTH hat gezeigt, daß es letztlich im Ermessen des Arztes liegt, den "Gnadentod" zu gewähren, und damit "die im Kern immer noch unverbrüchliche Pflicht des Arztes, Leben zu retten und zu bewahren, nicht aber zu zerstören ... relativiert wird"[15]. Dies bedeutet in den Konsequenzen praktisch nichts anderes als die Zuweisung dieses Lebenssachverhaltes in den rechtsfreien Raum[16]. Auch BOCKELMANNs Hinweis[17], daß "der Begriff des lebensunwerten Lebens moralisch und rechtspolitisch suspekt ist",

---

(13) GEILEN, Leben des Menschen, S. 126, versucht, mit der erlaubten Form der Euthanasie diese schwierige Frage, den Konflikt zwischen der Pflicht des Arztes, Leben zu erhalten und Leiden zu verhindern und zu heilen, auf rechtlicher Ebene zu lösen. Damit wird die Euthanasie "erlaubt", für rechtmäßig erklärt und damit innerhalb der Rechtsordnung einer Bewertung unterzogen.

(14) Der Lösung mit dem "übergesetzlichen" Notstand werden von juristischer Seite erhebliche Bedenken entgegengebracht, obwohl eine gewisse Konstellation dem sog. übergesetzlichen Notstand nicht unähnlich ist, ja sogar entsprechen kann: nämlich dann, wenn der Operateur Lebensinteressen von Patient und Spender abzuwägen hat und mit einem Eingriff wenigstens das Leben des Patienten "auf Kosten des Spenders" retten kann. Wagt und unternimmt der Arzt keinen Eingriff, so ist der Patient endgültig dem Tode geweiht und der Spender bleibt dem Tode geweiht. Aber ließe sich daraus eine Pflicht des Arztes ableiten, in der einen oder anderen Weise zu handeln? Im Kapitel über den Notstand haben wir nachgewiesen, daß die Entscheidung des Notstandstäters respektiert werden muß und nicht rechtlich bewertet werden kann.

(15) STRATENWERTH, a.a.O., S. 542 f.

(16) Selbstverständlich bleibt der -- leicht mögliche -- Mißbrauch der Euthanasie der Bewertung durch die Rechtsordnung unterworfen.

(17) a.a.O., S. 114.

und er "zu unbestimmt ist, als daß sich eine überzeugende rechtliche Argumentation auf ihn stützen ließe", kann in der Weise verstanden werden, daß eine rechtliche Argumentation in diesem Zusammenhang evident zwecklos ist und sich das ärztliche Ermessen -- so schmerzlich das auch manchem Juristen sein mag -- außerhalb des Rechts bewegt, ja bewegen muß.

Aus dieser Sicht ist auch der unüberhörbare und in der Diskussion um die Herztransplantation immer wieder verkündete Ruf nach dem Gesetzgeber(18) vielleicht unberechtigt, zumindest aber verfrüht. Denn wenn die naturwissenschaftliche Forschung noch nicht weit genug ist, um eine exakte Todeszeitbestimmung vornehmen zu können, wie sollte dann der Gesetzgeber, für den dieses Kriterium doch unentbehrliches Gerüst eines zukünftigen Gesetzes wäre, schon in Aktion treten können? Wie sollte er dem Arzt vorschreiben, erlauben und verbieten können, wann die Entnahme eines Transplantates schon erlaubt wäre und wann noch nicht, bzw. wie weit die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung zu gehen hat? Wenn man also auch weiterhin jede Form von Euthanasie -- auch die altruistische(19) im Falle der Organentnahme -- ablehnen will, so könnte ein entsprechendes Gesetz nur auf einer exakten Todeszeitbestimmung basieren. Und solange die Naturwissenschaft hierzu keine sicheren Daten liefern kann, muß auch der Ruf nach dem Gesetzgeber ungehört bleiben; und zumindest solange gilt vorerst der Grundsatz des rechtsfreien Handelns für die ärztliche Entscheidung auf diesem Gebiet.

---

(18) Vgl. GEILEN, Leben des Menschen, S. 127 und Grenzprobleme, S. 152, Anm. 75 bzw. S. 151, Anm. 69.

(19) Vgl. zu den Begriffen der altruistischen und apokryphen bzw. passiven Euthanasie: GEILEN, Grenzprobleme, S. 150 und Leben des Menschen, S. 125.

Die bisherigen Überlegungen konzentrierten sich einseitig auf die Entscheidung über den Zeitpunkt der Organentnahme, wobei die ärztliche Bereitschaft zur Durchführung vorausgesetzt wurde. Dabei sind sowohl die Risiken als auch der medizinisch-technische Stand und die Diskussion um Für und Wider solcher Organtransplantationen notwendigerweise völlig unberücksichtigt geblieben. Wollte man all diese Gesichtspunkte wieder aufgreifen, so könnten die Überlegungen hinsichtlich des rechtsfreien Raumes auch noch auf die ärztliche Entscheidung für oder gegen die Durchführung der Transplantation ausgedehnt werden. Wieweit die Folgen einer Entscheidung gegen die Durchführung dann noch oder nicht mehr rechtlich bewertet werden könnten, ist eine Frage, die auf Grund des Standes der medizinischen Forschung gegenwärtig vielleicht auch noch dem rechtsfreien Bereich zuzurechnen wäre, zukünftig aber vielleicht einmal fester Bewertungsgegenstand des Rechtsbereichs werden könnte.

Das -- notwendige -- ärztliche Ermessen im Rahmen der Verpflanzung unpaarer Organe bewegt sich im strafrechtsfreien Raum. Daran ändert auch die oftmals beschworene Gefahr der Ausweitung des ärztlichen Ermessens so wenig etwas wie die ernüchternde Erkenntnis, daß der Arzt praktisch zum Herrscher über Leben und Tod seines Patienten wird[20]. Es gibt eben Lebensbereiche, die vom Recht nicht erreicht werden können, die rechtsfrei sind, und hierzu gehört das ärztliche

---

(20) Vgl. BOCKELMANN, a.a.O., S. 115. Ob das ärztliche Ermessen ausreichend ist, ist nicht das Problem. Gegebenenfalls mag das Gewissen einer Ärztekommission ausreichender sein.

Ermessen im Bereich der Organtransplantation(21).

2. SCHWANGERSCHAFTSUNTERBRECHUNG BEI MEDIZINISCHER INDIKATION

Ein anderes Beispiel, das ebenfalls dem Problemkreis des ärztlichen Heileingriffs entstammt, bietet die medizinisch indizierte Schwangerschaftsbeseitigung und Perforation. Die Problemlage erinnert an den bei der Herztransplantation angeschnittenen Themenkreis. Der Arzt steht wiederum vor der Entscheidung, durch seinen Eingriff ein Leben zugunsten eines anderen Lebens opfern zu müssen; würde er aber untätig bleiben, müßten beide zugrunde gehen. Welchem der beiden Leben soll er den Vorrang geben? Ist etwa das Lebensinteresse der Mutter höher zu bewerten als das des Nasciturus? Es handelt sich bei diesen Fällen um unabwägbare Notstandsfälle, da eine Wertverschiedenheit der in Widerstreit stehenden Güter nicht erkennbar ist. Eine auf sittlich hoher, ja höchster Stufe stehende Selbstaufopferung der Mutter kann von Rechts wegen nicht gefordert werden. Auf der anderen Seite kann von der Rechtsordnung weder ausdrücklich gebilligt oder erwünscht noch bezweckt werden, daß die Leibesfrucht geopfert und getötet wird. Das Ergebnis wäre Schutzlosigkeit des werdenden Lebens, die weder im Sinne des Gesetzgebers noch einer

---

(21) Auch der Versuch, dieser "Übermacht" der Medizin durch eine präzise, gesetzlich geregelte Todeszeitbestimmung entgegenzuwirken, etwa durch Abheben auf eine Form des cerebralen Todes, mündet letztlich und praktisch doch wieder im ärztlichen Ermessen. Das hat sehr richtig STRATENWERTH, a.a.O., S. 543 ff., insbesondere S. 547, erkannt und mag auch BOCKELMANN zu der Erkenntnis mit veranlaßt haben, eine -- gesetzliche -- Regelung des Todeszeitpunktes sei nicht empfehlenswert. Vgl. a.a.O., S.118. Die Entwicklung im rechtsfreien Bereich der Medizin würde alsbald jede gesetzliche Definition überholen.

sonstigen Instanz sein kann. Da, wie auch WÄCHTER gezeigt hat, sich "die vielfältigsten Interessen unversöhnlich gegegenüberstehen und eine Stellungnahme zugunsten des einen Interesses, den Untergang des ebenso berechtigten kollidierenden Interesses bedeutet"(22), kann eine ausdrückliche rechtliche Stellungnahme oder Bewertung der medizinischen Schwangerschaftsunterbrechung weder für noch gegen die Fruchttötung möglich sein. Eine rein ethische Bewertung der medizinischen Schwangerschaftsunterbrechung gehört nicht mehr dem Bereich der einfachen, elementaren Sittlichkeit an; sie müßte der Kompetenz des Strafgesetzgebers entzogen sein.

Die Handlung der Schwangerschaftsbeseitigung bei medizinischer Indikation ist nur eine scheinbar rechtlich relevante und somit rechtsfrei; sie fällt in den strafrechtsfreien Raum(23).

3. SCHWANGERSCHAFTSUNTERBRECHUNG BEI ETHISCHER INDIKATION

Die gleiche Argumentation, die die medizinische Indikation in den rechtsfreien Raum verweist, trifft auch für die Notstandssituation bei der Schwangerschaftsbeseitigung im Falle

---

(22) WÄCHTER, Die Schwangerschaftsbeseitigung, S. 71; vgl. auch S. 61 ff.
(23) Vgl. Arthur KAUFMANN, Gedanken, a.a.O., S. 313 und S. 322.

der ethischen Indikation zu[24]. Auch in diesem Falle ist es wieder die Irrationalität der Lebenssituation, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit entzieht, auf der unbedingten Einhaltung der Sollensforderung zu bestehen. Eine Entscheidung der Mutter zugunsten der aufgezwungenen Schwangerschaft würde im Bereich der "Hochethik" fallen und kann mit rechtlichen Maßstäben nicht gemessen werden. Noch weniger könnte sie mit staatlicher Strafgewalt erzwungen werden, noch als allgemeinverbindlich gefordert werden. Die verschiedensten Interessenlagen stehen in einem tragischen, ethisch-rechtlichen Widerstreit, der eine "allseits befriedigende Lösung überhaupt nicht zuläßt"[25]. Gemäß dem Grundsatz von der fragmentarischen Natur des Rechts, das lediglich die elementare Sittlichkeit, das "ethische Minimum" erfaßt, ist es nicht Aufgabe dieses Rechts, im Bereich der "Hochethik" zu bestimmen und zu bewerten. Die Frage der rechtlichen Bewertung ist in diesen Fällen für den Gesetzgeber unlösbar[26].

---

(24) Vgl. hierzu die bereits erwähnten Ausführungen von WÄCHTER, S. 141 ff., insbesondere S. 152 f.; und Arthur KAUFMANN, Gedanken, S. 315, 321 f.
Vgl. auch die Vorschläge einer Minderheit der Verfasser des AE in § 105 (Abteibung) und in § 106 (Strafloser Abbruch der Schwangerschaft) (AE Anhang, BT., S. 38 ff.). Dort wird die Abtreibung und der Abbruch der Schwangerschaft unter bestimmten Voraussetzungen als "straflos" erklärt. In der Begründung zu § 105 AE (Anhang) (S. 39 a.a.O.) wird dann erklärt, daß Absatz 2 des Vorschlags es mit dem Ausdruck "straflos" dahinstehen läßt, "ob eine Unterbrechung ... gerechtfertigt oder entschuldigt oder aus sonstigen Gründen nicht strafbar ist". Dieser Hinweis kann durchaus i.S. einer Lösung mit der Kategorie des strafrechtsfreien Raumes verstanden werden.

(25) Vgl. LANG-HINRICHSEN, Betrachtungen zur sogenannten ethischen Indikation, S. 730.

(26) Vgl. Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 45.

Arthur KAUFMANN[27] hat nachgewiesen, daß bei einer solchen komplizierten Interessenlage, deren Lösung von überdurchschnittlichen sittlichen Einstellungen abhängt und daher der Sphäre der Gewissensentscheidung des einzelnen überlassen bleiben muß, die Rechtsordnung die Handlung auch nicht für sittlich gut erklären kann. Die Tötung der Leibesfrucht im Falle der ethischen Indikation ist keineswegs rechtlich erwünscht oder gebilligt, sondern lediglich unverboten bzw. rechtsfrei. Sie fällt daher gleichermaßen wie die medizinische Indikation in den strafrechtsfreien Raum.

4. SELBSTTÖTUNG

Unter dem Aspekt der Möglichkeit des Unverbotenseins kann die Aufmerksamkeit auch auf die Fälle des Selbstmordes gerichtet werden, wenngleich dabei der veränderten Konstellation Rechnung getragen werden muß. Die fragliche Situation zwingt den Täter keineswegs zu einer unausweichlich rechtswidrigen Entscheidung im Sinne eines nicht abwägbaren Entweder-Oder, wie es das Charakteristikum der zuvor behandelten Beispiele war. Der Selbstmörder kann sich, jedenfalls potentiell, vom "rechtswidrigen" Tun distanzieren, und die zwar auch hier waltende Tragik ist keinesfalls unverschuldet situationsbedingt, sondern rein persönlicher Art und nicht notwendig zerstörerisch. Das "rechtswidrige" Verhalten beruht hier auf freiem Willen, ist selbstverantwortlich und vorsätzlich[28].

---

(27) a.a.O., vgl. auch Gedanken, S. 321 f.
(28) Vgl. SCHWALM, Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen, S. 553.

Diese, auf andere als bisher diskutierte Weise, scheinbar rechtlich relevanten Lebenssachverhalte fallen gewissermassen als "eigene Schädigung in einen rechtsleeren Raum"[29]. Mit Recht betont auch DREHER[30], "daß der Selbstmord zum mindesten in einen rechtsfreien Raum fällt. Gewiß ist jedenfalls, daß der Selbstmörder straflos so handeln kann, wie er handelt, ..." "Die Rechtsordnung muß hier, wo das Reich des Todes beginnt, ihre Grenze finden." Die Rechtsordnung vermag durch Normen nichts mehr auszurichten, wenn in einer bestimmten Situation die Handlungstendenz stärker ist als die Furcht vor dem angedrohten Übel, bzw. wenn das angedrohte Übel in seiner Tragweite die gewählte Alternative nicht einmal erreichen, geschweige denn übersteigen kann. Denn es handelt sich ja, wie DREHER mit Nachdruck hervorhebt, "um Angeklagte, welche die Justiz im Grunde kaum wirklich erreichen kann, ..."[31].

Diese Erkenntnis gilt gleichermaßen für die Tendenz der Selbsterhaltung (Notstand) wie für die Tendenz der Selbstvernichtung, den Selbstmord[32]. Die Entscheidungen des Für und Wider, des Wie und Wann fallen in Bereichen, in denen vielleicht sittliche Erwägungen und moralische Bedenken angebracht sind, keinesfalls aber Überlegungen und Bewertungen in rechtlicher Hinsicht Sinn, Berechtigung oder gar Erfolg haben können. Diese Erkenntnisse, die für gewisse Handlungen im Notstand heftig umstritten sind, hat sich der Gesetzgeber bezüglich des Selbstmordes zu eigen gemacht, indem er auf eine Kodifizierung verzichtet hat. GALLAS[33] hat nachgewiesen, daß

---

(29) FISCHER, Rechtswidrigkeit, S. 164.
(30) Anmerkungen zum Urteil des Schwurgerichts Berlin vom 9.6.1966, S. 271.
(31) a.a.O., S. 270.
(32) Vgl. ENGISCH, Der rechtsfreie Raum 1952, S. 420, 423.
(33) Strafbares Unterlassen, S. 649 ff., insbesondere S. 654 f.

eine rechtliche Beurteilung der Selbsttötung nicht möglich ist, daß sowohl die Annahme eines rechtmäßigen als auch eines rechtswidrigen Verhaltens ausscheidet.

Die Betrachtungsweise der Suizidhandlung als "unverbotenes" Verhalten(34) ist rechtspolitisch die einzig mögliche und auch adäquate Lösung. "Enthält sich die Rechtsordnung sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht einer Normierung der Selbsttötung, so vermeidet sie es einerseits, für Ausübung einer rechtlichen Befugnis zu erklären, was die Moral verbietet, andererseits, mit einem Verbot der Selbsttötung rechtliche Verhaltensregeln für Situationen höchst persönlicher Daseins- und Gewissensnot aufzustellen"(35). Am Beispiel der Selbsttötung erfährt die Rechtsordnung in treffender Weise ihre eigenen Grenzen. Und wäre es denn rechtspolitisch überhaupt sinnvoll, wenn die Rechtsordnung den Lebensmüden verpflichten würde, den Suizidakt zu unterlassen und weiterzuleben? Die Annahme eines rechtsfreien Raumes für Selbsttötungshandlungen beruht nicht "ausschließlich auf dem Umstand, daß das Gesetz in dem Abschnitt 'Verbrechen und Vergehen wider das Leben' keine besonderen Vorschriften über die Selbsttötung enthält und unter der Tötung "eines Menschen" offenbar die Tötung eines anderen versteht"(36). Dieser Um-

---

(34) Für rechtlich indifferent oder unverboten erklären die Selbsttötung: Hellmuth MAYER, Strafrecht, S. 169; BINDING, Handbuch, S. 24; GALLAS, a.a.O., S. 652, Anm. 21 mit weiteren Literaturangaben. Mitunter wurde in der Literatur auch die Meinung vertreten, die Selbsttötung sei rechtswidrig oder rechtmäßig; vgl. hierzu GALLAS, a.a.O.

(35) GALLAS, a.a.O., S. 655. GALLAS sieht in diesem Enthalten überhaupt den Sinn des "unverbotenen", des rechtsfreien Raumes.

(36) So aber GALLAS, a.a.O., S. 690, dem in diesem Punkt nicht zuzustimmen ist.

stand stellt nur die gesetzgeberische Einsicht in Unvermeidliches dar; er zeigt die rechtspolitische Möglichkeit und Notwendigkeit, in dieser Weise dem rechtsfreien Charakter und der außerrechtlichen Situation des Selbstmordes Rechnung zu tragen(37). Das Vorhandensein dieses Umstandes resultiert aus der generellen Bereitschaft und Möglichkeit, einen rechtsfreien Raum überhaupt anzunehmen, ihn als rechtsphilosophisch vertretbar und rechtstheoretisch erforderlich anzuerkennen.

Wenn der Gesetzgeber beim Selbstmord der besonderen Situation durch sein Schweigen weitgehend gerecht werden kann, so wäre es gewiß nicht unangemessen, würde er die Anwendbarkeit der hier geübten Praxis auch für die zuvor geschilderten, noch ausweggloseren existentiellen Grenzsituationen ebenfalls in Betracht ziehen.

II. RECHTSPOLITISCHE NOTWENDIGKEIT DES RECHTSFREIEN RAUMES. VORSCHLÄGE DE LEGE FERENDA

Die bisher angeführten lebensnahen Beispiele veranschaulichen eindringlich die rechtspolitische Notwendigkeit des straf-

---

(37) Gleiches wie bei versuchtem Selbstmord gilt entsprechend für die Nichtabwendung des Todeserfolgs bei beendetem Selbstmordversuch, daß also im Falle einer frei und vorsätzlich unternommenen Selbsttötung eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des untätig bleibenden Garanten für den Todeserfolg schlechthin verneint werden muß. (GALLAS, a.a.O., S. 689) Die strafreie Zone erstreckt sich also über die eigentliche Teilnahme hinaus. Ebenso wie die vorsätzliche Nichtverhinderung fällt auch die fahrlässige Nichtverhinderung einer frei und verantwortlich unternommenen Selbsttötung in den durch die Nichtpönalisierung des Selbstmordes und der Teilnahme daran vom Gesetzgeber eingestandenen und gebilligten rechtsfreien Raum. (Vgl. auch GALLAS, a.a.O., S. 690)

rechtsfreien Raumes. Die untersuchten Lebenssachverhalte -- und sie stellen nur eine kleine Auswahl dar -- zeigen, daß ihre Beurteilung deshalb so ungemein schwierig ist, weil sie im Grenzbereich von Recht und Sittlichkeit liegen und zwar einerseits rechtlich relevant erscheinen, andererseits bei eingehender Betrachtung ihres Unrechtsgehalts sich aber doch nur als scheinbar rechtlich relevant erweisen und endgültig dem rechtlich freien, rein sittlichen Bereich zugeordnet werden müssen.

Die Aufgabe des Strafrechts ist es, die "Grundgebote der elementaren Sittlichkeit" zu wahren(38), die Verletzung "elementarer sozial-ethischer Pflichten zu ahnden"(39). Es kann nicht Aufgabe des Strafrechts sein, mit staatlichen Zwangsmitteln hohe ethische Forderungen durchzusetzen, die vom "Durchschnittsmenschen" nicht als innerlich verbindlich angesehen werden und sich so zum Richter über Sitte und Moral aufzuschwingen. Im Recht geht es im wesentlichen um jene elementaren Grundforderungen, die im Laufe der Geschichte weitgehend unverändert geblieben sind. "Das Recht, das ja seine Forderungen an alle richten muß, auch an diejenigen, die zu anspruchsvollen sittlichen Leistungen nicht imstande sind, kann immer nur Durchschnittsforderungen gegenüber Durchschnittsmenschen aufstellen, d.h. das Recht kann nur solche Verhältnisse betreffen, in welchen von allen Menschen mit möglichst großer Annäherung dasselbe verlangt werden kann."(40)

---

(38) Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 42; PETERS/LANG-HINRICHSEN, Grundfragen der Strafrechtsreform, S. 32.
(39) Arthur KAUFMANN, Unrechtsbewußtsein, S. 125.
(40) Arthur KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, S. 29.

Der vorliegenden Untersuchung war es unter anderem ein Anliegen, den Geist, der der Rechtsprechung, dem Strafgesetz und nicht zuletzt dem Entwurf 1962 zugrunde liegt, zu veranschaulichen: das allgemeine, vom Gedanken der Rechtssicherheit getragene Rechtsdenken des Staates ist zu sehr beseelt vom Geiste des Perfektionismus und des Positivismus. Unter dem Einfluß des wissenschaftlichen und technischen Ideals der Neuzeit ist man bemüht, das Strafgesetz im Sinne sogenannter offizieller Meinungen möglichst perfekt auszugestalten, den Richter und auch den Rechtsunterworfenen bis in Einzelheiten zu binden. Dadurch wird aber das Element der Rechtssicherheit auf Kosten der Gerechtigkeit überbewertet.

Belegt wird diese Tendenz nicht nur durch die rechtliche Behandlung der bereits angeführten tragischen Grenzsituationen, sondern auch durch einige geltende Strafvorschriften aus dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871, wie Ehebruch (§ 172 StGB) oder die unter Strafdrohung stehenden "Straftaten wider die Sittlichkeit"(41), wie Kuppelei (§ 180 StGB), Verbreitung unzüchtiger Schriften (§ 184 StGB) und die einfache Homosexualität unter Erwachsenen (§ 175 StGB) sowie den Willen,

---

(41) Wie es im 13. Abschnitt des 2. Teils des geltenden StGB und im 3. Titel des 2. Abschnitts des E 1962 heißt. In den rechtsfreien Raum fallen aber nicht nur Taten wider die Sittlichkeit, sondern es ist beispielsweise an die fahrlässige Sachbeschädigung zu denken, die in einen strafrechtsfreien Raum fällt, zivilrechtlich aber in einen erfüllten. Interessant ist auch der Fall der Selbstbegünstigung, der nur teilweise in einem echten rechtsfreien Raum liegt: Die Spuren seiner Tat zu verwischen, ist dem Täter nicht verboten, obwohl er damit den staatlichen Strafverfolgungsanspruch gefährdet. "Berechtigt" ist er hierzu jedoch nicht! Das beweist die Befugnis der Verfolgungsorgane, ihn daran zu hindern, etwa durch Verhaftung wegen Verdunkelungsgefahr.

neben diesen Straftatbeständen die künstliche Samenübertragung (§ 203 E 1962), die freiwillige Sterilisation und unzüchtige Schaustellungen (Striptease, § 220 a E 1962) sowie manchen anderen Sachverhalt künftig unter Strafe zu stellen[42].

Wenn zuvor von einem Grundbestand an allgemein anerkannten, ein verpflichtendes Sollen beinhaltenden Rechtsgrundsätzen die Rede war, so handelt es sich bei diesen Tatbeständen, insbesondere bei jenen aus dem Bereich des vieldiskutierten Sexualstrafrechts, jedoch um periphere Erscheinungen,

---

(42) Hierbei sei erinnert, daß zwar das Verbot der Verbreitung unzüchtiger Schriften eine gewisse Berechtigung haben mag. Aber die die Strafrechtspflege immer wieder beschäftigenden Prozesse wegen Herstellung und Vertrieb von international angesehener Kunst und Literatur, wie z.B. kürzlich erst gegen den Verleger des Romans "Fanny Hill", lassen die berechtigte Frage aufkommen, ob der Strafgesetzgeber nicht doch zuviel des Guten getan hat. Oder sind die Verfolgungsorgane des Staates lediglich übereifrig und wissen sie Kunst und Kitsch, Literatur und Pornographie nicht zu unterscheiden oder wollen sie nicht unterscheiden? Sind denn wirklich Gemeinschaftsinteressen verletzt, wenn nach Verkauf der gesamten Auflage von über 10 000 Exemplaren dieses Romans kein einziger Käufer oder Leser gegen Inhalt oder Form des Romans protestiert oder sich gar über die "Verletzung seines Schamgefühls" entrüstet? Es ist doch ein Irrtum, zu glauben, daß mit Mitteln des Strafrechts solche unter Strafe gestellten "Erscheinungen" zu verhindern oder einzudämmen wären. Das Gegenteil wird bewirkt, die an und für sich harmlose Situation wird nunmehr eine peinliche, der Skandal beginnt erst dann, wenn Polizei und Strafrichter für "Ordnung" sorgen wollen. Wenn die Unzüchtigkeit eines Romans von der Staatsanwaltschaft unter Berufung auf eine penible Addition von 70 ausgewählten, pikanten, Anstoß erregenden Stellen begründet wird, wird die Angelegenheit erst "unzüchtig" und die Öffentlichkeit erst aufmerksam.

die keineswegs zum ethischen Allgemeingut gehören[43]. Hier scheiden sich die Meinungen, und das wohl zu Recht. Es mag am Bewußtseinswandel, an der Umstrukturierung der Gesellschaft liegen, daß diese Sachverhalte, die sicherlich einmal zu jenem Grundbestand gehört haben, heute in anderem Licht gesehen werden. Wahrscheinlich handelt es sich hier um ein soziologisches Phänomen, dessen Wirkungen bis in die Bereiche von Recht und Ethik dringen. Und wenn sich diese Tendenzen und ihre Wechselwirkungen als Realitäten des Alltags erweisen, sollte dann der Strafgesetzgeber ihnen nicht Rechnung tragen? Das sozial-ethische Minimum, die rechtliche Faktizität ist offensichtlich der Geschichtlichkeit unterworfen. Das Sein (ontisch, nicht ontologisch verstanden) hat sich gewandelt, das Sollen müßte gemäß dem Grundsatz der verpflichtenden Verbindlichkeit ebenfalls einem Wandel unterzogen werden. RADBRUCH sagte, es sei kein Wunder, "daß jedes Zeitalter seine Rechtswissenschaft neu schreiben muß"[44]. Es ist wohl an der Zeit, damit zu beginnen.

---

(43) Aus der Flut von Stellungnahmen zu den Fragen des sog. "Sexualstrafrechts" sei nur auf das umfassende Gutachten HANACKs verwiesen, welches er 1968 für den Deutschen Juristentag in Nürnberg erstattete. (Vgl. Grenzen des Sexualstrafrechts, a.a.O.) HANACK kommt u.a. zu dem Ergebnis, daß sich die dringend notwendige Reform des geltenden Sexualstrafrechts "auf die Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens zu beschränken und die Trennung der Funktionen von Moral und Recht zu beachten" habe. (a.a.O., S. 252, Rz. 384 f.) Und ist es nicht eigentlich "im modernen Rechtsstaat und in einer pluralistischen Gesellschaft" eine Selbstverständlichkeit, daß sich das Strafrecht nicht dergestalt auf die Moral beziehen kann, "daß es allein mit dem Schutz dieser Moral den strafenden Eingriff des Staates begründet oder gar Unmoral mit 'Strafwürdigkeit' identifiziert"? (Vgl. HANACK, a.a.O., S. 29, Rz. 27)

(44) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 222; "Jedes neue Zeitalter entzieht bisher wertbezogenen Tatsachen ihre Wesentlichkeit und läßt umgekehrt bisher gleichgültige Tatsachen in die Wertbezogenheit emportauchen."

Der Gesetzgeber selbst hat erst kürzlich gezeigt, daß dieser Weg einer Neubesinnung auf Geltungsgrund, Telos und Grenzen des Rechts durchaus vertretbar und möglich ist. Er fand sich nämlich bereit, einige Straftatbestände aus dem geltenden Strafgesetzbuch zu eliminieren(45) und damit praktisch nichts anderes zu tun als die Bewertung jener Sachverhalte dem Sittlichkeitsbereich zu überlassen, in der Erkenntnis, daß es nicht seine Aufgabe sein kann, Moralhüter der Gesellschaft zu sein.

Von einem solchen erneuerten Rechtsverständnis aus erscheinen auch die im Grenzbereich des Rechts angesiedelten Sachverhalte in neuem Licht und lassen sich über die Kategorie des strafrechtsfreien Raumes angemesseneren und befriedigenderen Lösungen zuführen.

Die Besinnung auf den Bereich der einfachen, elementaren Sittlichkeit, bzw. auf Geltungsgrund und Grenzen des Rechts sollte für den Gesetzgeber sowohl der Beginn einer erneuerten, selbstkritischen Einstellung als auch stetes Anliegen sein(46). Damit wäre auch der Weg für die Anerkennung des strafrechtsfreien Raumes geebnet.

Bei den aufgezeigten Lebenssachverhalten sollte sich der Gesetzgeber einer Bewertung enthalten; er sollte weder verbie-

---

(45) Vgl. das am 1.9.1969 und am 1.4.1970 in Kraft getretene erste Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969, mit dem verschiedene Strafbestimmungen gestrichen, neu gefaßt und gemildert wurden.

(46) Nur auf diesem Hintergrund wird es letzten Endes dem Richter ermöglicht, ein stellvertretendes Gewissensurteil, wie es das Schuldstrafrecht fordert, zu fällen. Arthur KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 197; derselbe, Recht und Sittlichkeit, S. 45.

ten noch ausdrücklich erlauben, sondern die Möglichkeit des Unverbotenseins voraussetzend, den scheinbar rechtlich relevanten Sachverhalt durch Nichterwähnung in den rechtsfreien Raum entlassen. Auch ein entsprechender Hinweis im Strafgesetzbuch würde sich im Grunde erübrigen. Daher empfehle ich, grundsätzlich d e l e g e f e r e n d a auf eine "Normierung" zu verzichten, weil meines Erachtens alle Versuche dieser Art bereits einen Bruch der tragenden Idee des strafrechtsfreien Raumes an sich darstellen würden, ganz zu schweigen von redaktionellen Schwierigkeiten, dem Begriff des rechtsfreien Raumes als n e g a t i v e s Regulativ gerecht zu werden. Diese Schwierigkeiten bestehen darin, scheinbar rechtlich relevante Handlungen unter bestimmten Voraussetzungen aus der allgemeinen Strafbarkeit ausgrenzen zu können. Von einer künftigen Rechtsprechung könnten dann nämlich über den Weg des argumentum e contrario all die Fälle bestraft werden, die nur deshalb nicht im Negativkatalog der Norm enthalten sind, weil sie dem Gesetzgeber nicht bekannt waren, oder weil er aus irgend welchen Gründen nicht imstande war, sie präzise zu umschreiben(47).

Eine "Verzichtleistung des Strafgesetzgebers auf Pönalisierung von Verhaltensweisen zweifelhafter Strafwürdigkeit ist kein Anzeichen für Unzulänglichkeit, sondern für gesetzgeberische Weisheit"(48). Die Weisheit des Gesetzgebers würde darin bestehen, daß er dem Zeitgeist und der Rechtsidee Rechnung

---

(47) Diese Gefahr wird am Beispiel einer strafgesetzlichen Normierung der Transplantation von den Verfassern des AE richtig erkannt. (Vgl. AE, BT, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, Vorbemerkung zu den Vorschriften über die Heilbehandlung, S. 77.)

(48) Arthur KAUFMANN, Gedanken, S. 325.

trüge und auf diesem Wege ein hohes Maß jenes elementaren sittlichen Wertes erreichen würde, der für das menschliche Zusammenleben am bedeutsamsten ist, nämlich der Gerechtigkeit.

Wenn man sich aber, entgegen allen Bedenken, zu einer "Normierung" entschließen wollte, so bestünde die Möglichkeit, im Gesetzeskatalog(49) auf die Bewertungs-un-möglichkeit von Verhaltensweisen scheinbarer rechtlicher Relevanz wie folgt ausdrücklich hinzuweisen(50):

Absatz 1. Wer eine scheinbar rechtlich relevante Tat begeht, handelt rechtsfrei und wird nicht zur Verantwortung gezogen.

Absatz 2. Eine scheinbar rechtlich relevante Tat liegt nur dann vor, wenn eine eindeutige Bewertung weder als rechtswidrig noch als rechtmäßig möglich ist.

---

(49) Etwa als § 39 a E 1962 oder § 15 a AE.

(50) Absatz 1 des Vorschlags birgt Schwierigkeiten hinsichtlich einer brauchbaren Formulierung. Anstelle der Formulierung "wird nicht zur Verantwortung gezogen" könnte auch in Anlehnung an die Formulierung der Vorschläge einer Minderheit der Verfasser des AE in §§ 105, 106 AE (Anhang) die Formulierung "bleibt 'straflos'" gewählt werden. (Vgl. AE, BT, Straftaten gegen die Pérson, Erster Halbband, S. 38 f.) In jedem Fall aber muß eine Verwechslung mit den verschiedenen Strafausschließungsgründen des jeweiligen Katalogs vermieden und eine deutliche Abhebung -- auch in der Formulierung -- herausgearbeitet werden. Insoweit scheint die vorgeschlagene Formulierung eindeutiger zu sein.